



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais –
FAJS

JANDESON DA COSTA BARBOSA

BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS: UM ESTUDO SOBRE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

BRASÍLIA

2014

JANDESON DA COSTA BARBOSA

**BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS, UM ESTUDO
SOBRE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada como requisito
para a conclusão do curso de
bacharelado em Direito pela Faculdade
de Ciências Jurídicas – FAJS – do
Centro Universitário de Brasília -
UNICEUB

Orientador: Prof.º Me. Ivan Cláudio
Borges Pereira.

BRASÍLIA

2014

BARBOSA, Jandeson da Costa.
Biografias não autorizadas, um estudo sobre colisão de direitos
fundamentais/ Jandeson da Costa Barbosa. – Brasília, 2014.
Monografia apresentada para obtenção do título de bacharel em
Direito no Centro Universitário de Brasília.
Orientador: Prof. Me. Ivan Cláudio Pereira Borges.

JANDESON DA COSTA BARBOSA

**BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS, UM
ESTUDO SOBRE COLISÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada como requisito
para a conclusão do curso de
bacharelado em Direito pela Faculdade
de Ciências Jurídicas – FAJS – do
Centro Universitário de Brasília -
UNICEUB

Orientador: Prof.º Me. Ivan Cláudio
Borges Pereira.

BRASÍLIA ____/____/ 2014

BANCA EXAMINADORA

Prof.º Me. Orientador Ivan Cláudio Pereira Borges

Prof.º Me. André Pires Gontijo

Prof.º Esp. Flavio de Almeida Salles Junior

Dedico este estudo ao Professor Doutor Joseph Aloisius Ratzinger, Papa Emérito Bento XVI, fonte de inspiração da minha vida acadêmica.

Dedico, ainda, a todas as pessoas que passaram pela minha vida, jovens e anciãos, analfabetos e doutores, cuja convivência com cada uma delas me proporcionou grãos de sabedoria.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao grande Deus e Senhor, Jesus Cristo, escondido e presente sob o véu do sacramento, que Ele seja adorado e amado em todos os sacrários da Terra e em cada Santa Missa.

Agradeço, ainda, aos meus pais, José e Evanice, a meus irmãos, Evandro, Naiane e Vitória, e a meus avós, Edite e José (*in memoriam*) por todos os momentos.

Por fim, agradeço a Ana Carolina, Lúcia, Ziza, João (*in memoriam*), Leide Alves, ao meu orientador, Professor Ivan Cláudio Borges, e a todos os que me ajudaram a acreditar na realização desse sonho.

"Creio na liberdade onipotente, criadora das nações robustas; creio na lei, emanção dela, o seu órgão capital, a primeira das suas necessidades; [...]; creio que a própria soberania popular necessita de limites, e que esses limites vêm a ser as suas constituições, por ela mesma criadas, nas suas horas de inspiração jurídica, em garantia contra os seus impulsos de paixão desordenada; creio que a República decai, porque se deixou estragar confiando-se ao régimen da força; creio que a federação perecerá, se continuar a não saber acatar e elevar a justiça [...]; creio na tribuna sem fúrias e na imprensa sem restrições, porque creio no poder da razão e da verdade; creio na moderação e na tolerância, no progresso e na tradição, no respeito e na disciplina, na impotência fatal dos incompetentes e no valor insuprível das capacidades."

Rui Barbosa, 1896

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a (in)constitucionalidade dos arts. 20 e 21 do Código Civil brasileiro, que impõem a necessidade de autorização do biografado, ou de seus familiares, se falecido, para a publicação de biografia, salvo para a administração da justiça ou manutenção da ordem pública. Verificamos, no caso, se há uma colisão real de direitos fundamentais, envolvendo o direito à privacidade e à intimidade em contraponto à liberdade de expressão e de informação. Inicialmente, verificamos se o caso das biografias não autorizadas está sob o âmbito de proteção dos direitos envolvidos, levando em consideração a importância de cada um desses direitos no sistema constitucional hodierno. Constatada a colisão, perquirimos se a solução adotada pelo legislador padece de inconstitucionalidade. Para tanto, utilizamos as técnicas de sopesamento desenvolvidas por Robert Alexy, a qual analisa a regra em questão sob a ótica do princípio da proporcionalidade. Nessa esteira, verificamos se a regra obedece à máxima da adequação, concluindo se o meio é eficaz para atingir o fim almejado. Em seguida, perquire-se se não haveria um meio menos restritivo à liberdade de expressão e informação para proteger de maneira razoável a privacidade e intimidade do biografado. Foi também objeto de estudo discutir se o benefício proporcionado aos direitos da personalidade justifica a restrição aos direitos colidentes. Analisou-se ainda os julgados do Supremo Tribunal Federal sobre os direitos envolvidos, a fim de constatar em que sentido caminha a jurisprudência da Suprema Corte. Por fim, faz-se uma análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815, que trata objetivamente do caso da proibição das biografias não analisadas e aguarda inclusão em pauta para julgamento. Diante de todas as análises aventadas, a conclusão foi pela inconstitucionalidade dos arts. 20 e 21 do Código Civil, pois, partindo do pressuposto teórico do princípio da proporcionalidade defendido por Robert Alexy, em que pese o dispositivo atender ao subprincípio da adequação, o mesmo não ocorre quanto às máximas da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sendo o dispositivo desproporcional e portanto inconstitucional.

Palavras-chaves: Direito civil. Direito de biografar. Direito constitucional. Liberdades. Limites. Colisão de princípios.

ABSTRACT

This study aims to analyze the (un)constitutionality of the arts. 20:21 Brazilian Civil Code, which imposes the need for authorization of biography, or their family, if deceased, to publish biography, except for the administration of justice or the maintenance of public order. We note, in case if there is a real collision of fundamental rights, involving the right to privacy and intimacy as opposed to freedom of expression and information. Initially, we note that the case of unauthorized biographies is under the scope of protection of the rights involved, taking into account the importance of each of these rights in the modern constitutional system. If there is a collision, we asked whether the solution adopted by the legislature suffers from unconstitutionality. Therefore, we use the techniques of grief developed by Robert Alexy, which analyzes the rule in question from the perspective of the principle of proportionality. On this track, check whether the rule complies with the maximum suitability, concluding that the means is effective to achieve the desired end. Then it asks whether there would be a less restrictive means to freedom of expression and information in a reasonable manner to protect the privacy and intimacy of biography. It was also the object of study discuss whether the benefits to the personality rights justifies the restriction of conflicting rights. Analyzed yet the Justices of the Supreme Court on the rights involved, in order to determine in which direction walks the jurisprudence of the Supreme Court. Finally, it is an analysis of the unconstitutionality lawsuit No. 4815, which is objectively the case of the prohibition of biographies not analyzed and is awaiting trial for inclusion in the agenda. Before all aired analysis, the conclusion was the unconstitutionality of the arts. 20 and 21 of the Civil Code because, starting from the theoretical assumption of the principle of proportionality advocated by Robert Alexy, despite the device to meet sub-principle of adequacy, the same does not occur as the maximum of necessity and proportionality in the strict sense, being disproportionate and therefore unconstitutional device.

Keywords: Civil law. Right to write biography. Constitutional law. Freedoms. Limits. Collision of principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1 IDENTIFICAÇÃO DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PRIVACIDADE, INTIMIDADE, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO.....	6
1.1 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	9
1.2 DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA.....	11
1.3 DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO ...	17
2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL	26
2.1 ESTUDO DAS TEORIAS INTERNA E EXTERNA DE SOLUÇÃO DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	27
2.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A SOLUÇÃO DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	28
2.2.1 O subprincípio da adequação	31
2.2.2 O subprincípio da necessidade	32
2.2.3 O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.....	34
3 STF E A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL APONTANDO A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO PREVALESCENTE	36
3.1 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A PARTIR DE 1988.....	36
3.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4815.....	45
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

As constituições de diferentes países têm incorporado cada vez mais a seu texto a mais variada gama de direitos fundamentais, a fim de garantir que seus cidadãos tenham direitos resguardados frente ao Estado. É também fenômeno cada vez mais visto a horizontalização desses direitos, ou seja, a possibilidade de invocação dos direitos constitucionais também em relação aos demais cidadãos. Ante essa gama de direitos assegurados pelos textos constitucionais, vários deles erigidos a *direitos fundamentais*, é comum percebermos situações nas quais as partes litigantes declaram ambas que estão protegidas por direitos fundamentais. Desses conflitos podem surgir as chamadas *colisões de direitos fundamentais*, nas quais o âmbito de proteção de cada direito invocado alcança igualmente a situação objeto do litígio.

O presente trabalho tem o intuito de estudar o caso das biografias não autorizadas e verificar se há inconstitucionalidade nos arts. 20 e 21 do Código Civil brasileiro, os quais condicionam a publicação de uma biografia à autorização do biografado, ou de seus familiares, se falecido. A referida regra teria como fundamento os direitos fundamentais da privacidade e da intimidade. Por outro lado, essa mesma situação restringe, se não exclui, os direitos fundamentais da liberdade de expressão e da informação. Portanto, desenha-se aí uma colisão de direitos de igual natureza constitucional, a qual deve ser solucionada com a aplicação das técnicas de ponderação próprias do direito constitucional moderno.

Da forma com a norma foi desenvolvida pelo legislador, parece-nos que padece de falta de proporcionalidade ao sopesar os direitos fundamentais em colisão. Eis o problema então estudado no presente trabalho: a excessiva restrição que a proibição das biografias não autorizadas causa aos direitos fundamentais da liberdade de expressão e da informação. Pretende-se verificar se esta restrição é excessiva ao ponto de ser considerada inconstitucional.

Em virtude do caráter abstrato e amplo dos direitos fundamentais, a doutrina constitucional classifica-os como verdadeiros princípios. Para solucionar a colisão desses princípios, utilizaremos a técnica de sopesamento de princípios desenvolvida por Robert Alexy. Primeiro, detalharemos o âmbito de proteção de cada um desses direitos, para em

seguida fazer o sopesamento e verificar a proporcionalidade, e portanto constitucionalidade, dos dispositivos legais em exame.

A seguir, faremos uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para detectarmos a direção que seus precedentes estão tomando e como são tratados os casos que envolvem os direitos de privacidade, intimidade, liberdade de expressão e informação. Na mesma esteira, analisaremos o processamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4815, que trata especificamente do caso das biografias não autorizadas.

Para a compreensão da colisão de princípios em análise, é necessário levar em conta a importância que cada um dos direitos fundamentais tem em um Estado de Direito. Nestes tempos, nos quais a Constituição cada vez mais abarca as diversas situações empíricas, faz-se imperiosa uma análise séria e serena da colisão de direitos como os que serão analisados neste trabalho.

1 IDENTIFICAÇÃO DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PRIVACIDADE, INTIMIDADE, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO

As obras biográficas sempre foram motivo de interesse das pessoas. A vida, trajetória e história das pessoas públicas ou com alta notoriedade despertam não apenas curiosidade, mas, por vezes, a sua narração é essencial para compreendermos diversos acontecimentos históricos e culturais daquela sociedade ou até da humanidade. No Brasil, a discussão atual se dá em torno da possibilidade de publicação de biografias sem autorização do biografado. De início, percebe-se um conflito de interesses que, como abordaremos, é uma verdadeira colisão de princípios constitucionais.

O legislador ordinário pátrio tentou resolver esse conflito no Código Civil de 2002, estabelecendo como regra a proibição da publicação de biografia sem autorização do biografado ou, se falecido, da sua família, excepcionando-se apenas duas situações: quando a publicação for necessária para a administração da justiça ou para a manutenção da ordem pública.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.¹

O que se pretende analisar neste trabalho é se os arts. 20 e 21 são inconstitucionais à luz dos direitos à liberdade de expressão e à privacidade. De início, observa-se que estão em conflito interesses contrários: o direito do biografado de não ter fatos da sua vida pessoal expostos sem a sua autorização, de um lado, o direito do autor de expressar a sua opinião, de outro lado, e, ainda, o direito da população de ter acesso a essas informações.

Como asseverou a Ministra Cármen Lúcia, em audiência do supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema, “estamos lutando pela liberdade, e a liberdade é sempre

¹ BRASIL. Código Civil Brasileiro (2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 mai. 2014.

plural”². Percebe-se, portanto, uma colisão de direitos fundamentais, ambos, como veremos, de envergadura constitucional: os direitos à privacidade e à intimidade e os direitos à liberdade de expressão e informação.

Por um lado, não se pode falar em Estado de Direito sem que o cidadão tenha respeitados os seus direitos pessoais ligados à sua personalidade. É dever do Estado proteger a privacidade dos seus cidadãos contra arbítrios de terceiros. Em época de pós-ditadura, podemos ser tentados a dar uma rápida resposta a favor da liberdade de expressão. Contudo, essa matéria merece um nível de aprofundamento bem significativo, pois, como veremos, a simples e leviana mitigação de direitos individuais, como o da privacidade, sem a necessária reflexão, nada mais é do que o pensamento de que os direitos da coletividade sempre se sobrepõem aos direitos individuais, justificativa esta que deu, e dá até hoje, um verniz de legitimidade às ditaduras e que tantas vezes já foi argumento para a supressão da liberdade de expressão.

Portanto, observa-se que o problema em questão é a restrição que a norma reguladora das biografias causa à liberdade de expressão e ao direito à informação. Assevera-se que essa discussão não pode ser facilmente resolvida utilizando uma técnica de subsunção para saber se a norma é constitucional ou não. O problema enfrentado é um campo de batalha entre dois direitos fundamentais, conforme já exposto. Pela relevância dos dois direitos no Estado Constitucional, eles transcendem a qualificação como mera regra e é alçado, como veremos, à condição de princípios. Essa subclassificação da norma em regra e princípio é cada vez mais encontrada na doutrina³. Para tanto, antes de adentrarmos ao tema, faz-se necessária a distinção desses dois conceitos. Nesse sentido, Amaral Júnior dá a sua classificação:

“Princípios são pautas genéricas, não aplicáveis à maneira de “tudo ou nada”, que estabelecem verdadeiros programas de ação para o legislador e para o intérprete. Já as regras são prescrições específicas que estabelecem pressupostos e consequências determinadas. A regra é formulada para ser aplicada a uma situação especificada, o que significa em outras palavras, que ela é elaborada para um determinado número de atos ou fatos. O princípio é mais geral que a regra porque comporta uma

² MORAES, Alexandre de. Biografias requerem liberdade com responsabilidade. Justiça comentada. Revista Consultor Jurídico, 22 de novembro de 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-nov-22/justica-comentada-biografias-requerem-liberdade-responsabilidade>>. Acesso em: 25 mai. 2014.

³ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. – 6. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2011, pág. 183.

série indeterminada de aplicações. Os princípios permitem avaliações flexíveis, não necessariamente excludentes, enquanto as regras embora admitindo exceções, quando contraditadas provocam a exclusão do dispositivo colidente.”⁴

Desta forma, a regra, embora abstrata, é produzida para resolver situações do cotidiano que se assemelhem àquele contexto fático delineado por ela. Quando analisamos uma situação empírica em que duas regras entram em confronto, este não deve ser resolvido por meio da ponderação ou qualquer outra técnica que possibilite a convivência das duas regras; nesses casos, apenas uma regra vai prevalecer, enquanto a outra será completamente ignorada. Já os princípios têm uma incidência mais ampla que as regras, quando em uma situação fática dois princípios entram em conflito, ao contrário das regras, procurar-se-á respeitar a ambos da medida em que for possível, podendo um ou outro prevalecer dependendo do caso concreto. Nesse sentido, ilustra Gomes:

“[...] o Direito se expressa por meio de normas. As normas se exprimem por meio de regras ou princípios. As regras disciplinam uma determinada situação; quando ocorre essa situação, a norma tem incidência; quando não ocorre, não tem incidência. Para as regras vale a lógica do tudo ou nada (Dworkin). Quando duas regras colidem, fala-se em "conflito"; ao caso concreto uma só será aplicável (uma afasta a aplicação da outra). O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação: a lei especial derroga a lei geral, a lei posterior afasta a anterior etc.. Princípios são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico (ou de parte dele). Seu espectro de incidência é muito mais amplo que o das regras. Entre eles pode haver "colisão", não conflito. Quando colidem, não se excluem. Como "mandados de otimização" que são (Alexy), sempre podem ter incidência em casos concretos (às vezes, concomitantemente dois ou mais deles).”⁵

Destarte, observa-se que o confronto de direitos fundamentais ora analisados é, ao menos a princípio, um conflito entre princípios que não poderá ser resolvido com a simples aplicação de um ou de outro, mas com as técnicas apropriadas para a solução de colisão de princípios. Por isso, nesse primeiro capítulo, veremos as formas de detecção de uma colisão de princípios real, ao diferenciá-la da aparente, e classificaremos o tipo de colisão ora estudado. Em seguida, com a finalidade de obter dados para fazermos a aplicação da técnica de ponderação, veremos detalhadamente cada um desses direitos fundamentais e

⁴ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A Boa-fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo. In: BENJAMIN, Antonio Herman de V. Revista de Direito do Consumidor, Vol. 6., São Paulo: RT, 1993, p. 27.

⁵ GOMES, Luiz Flávio. Normas, Regras e Princípios: Conceitos e Distinções. Jus Navigandi, Teresina, Ano 9, Nº 851, 1 nov 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7527/normas-regras-e-principios>>. Acesso em: 25 jul 2014.

seus respectivos âmbitos de proteção, para somente no Capítulo II realizarmos a ponderação.

1.1 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nestas primeiras linhas, podemos observar que a resposta que se busca no tocante à constitucionalidade da proibição de publicação das biografias não autorizadas deve necessariamente passar pela análise da colisão de direitos fundamentais. Contudo, para iniciarmos essa análise, faz-se necessária uma rápida explanação de o que é uma colisão de direitos fundamentais. Há colisão quando se verifica que titulares distintos reivindicam o exercício de direitos fundamentais⁶, vendo estes como verdadeiros princípios constitucionais.

Contudo, há de se observar que não é porque a *priori* determinada situação ostente uma colisão de direitos fundamentais que ele realmente exista. A doutrina chama de *conflitos aparentes*⁷ aqueles em que, embora a primeira vista pareça haver conflito de direitos fundamentais, eles na realidade não existem porque um ou mais direitos fundamentais não tutelam aquela situação específica por ela estar fora do seu âmbito de proteção. O âmbito de proteção dos direitos fundamentais é o raio no qual as situações concretas estão acobertadas e protegidas por determinado direito. Sobre o tema, é de extremo proveito lição de GILMAR MENDES, *in verbis*:

“A definição do âmbito de proteção configura pressuposto primário para a análise de qualquer direito fundamental.

O exercício dos direitos pode dar ensejo, muitas vezes, a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Daí fazer-se mister a definição do *âmbito ou núcleo de* proteção, e, se for o caso, a fixação precisa das restrições ou das limitações a esses direitos (*limitações ou restrições* = *Schranke oder Eingriff*).

O *âmbito de proteção* de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica (v. g., reunir-se sob determinadas condições) e a consequência comum, a proteção fundamental. Descrevem-se os bens ou objetos protegidos ou garantidos pelos direitos fundamentais. Nos direitos fundamentais de defesa cuida-se de normas sobre elementos básicos de determinadas

⁶ MENDES, *op. cit.*, p. 236.

⁷ *Ibidem*, *loc. cit.*

ações ou condutas explicitadas de forma lapidar: propriedade, liberdade de imprensa, inviolabilidade do domicílio, dentre outros.

Alguns chegam a afirmar que o âmbito de proteção é aquela parcela da realidade que o constituinte houve por bem definir como objeto de proteção especial ou, se se quiser, *aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental*.

[...]

Em relação ao âmbito de proteção de determinado direito individual, faz-se mister que se identifique não só o objeto da proteção (*o que é efetivamente protegido?*), mas também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção. Não integraria o âmbito de proteção qualquer assertiva relacionada com a possibilidade de limitação ou restrição a determinado direito.”⁸

Portanto, antes de se olvidar em fazer uma análise ou aplicação de uma técnica de ponderação de princípios, devemos delinear bem qual o âmbito de proteção dos direitos fundamentais que, ao menos aparentemente, estão em conflito. Por esta razão, os itens 1.2 e 1.3 deste Capítulo detalham minuciosamente cada um dos direitos fundamentais ora estudados, para que seja definido o seu âmbito de proteção.

Caso seja superada a tese de conflito apenas aparente de direitos fundamentais, devemos prosseguir classificando a colisão em questão. Gilmar Mendes classifica as colisões em sentido amplo e em sentido estrito⁹. Colisões em sentido amplo seriam aquelas situações em que um direito fundamental entre em conflito com outros princípios e valores de interesse da sociedade. Por seu turno, colisões em sentido estrito são aquelas situações em que o conflito se dá apenas entre direitos fundamentais, sejam eles idênticos ou diversos. Como a liberdade de expressão, o direito à informação, o direito à privacidade e à intimidade são direitos fundamentais diversos, vamos ter em conta que, havendo conflito real, tratar-se-á de uma colisão em sentido estrito de direitos fundamentais diversos.

Para tanto, repise-se, estudaremos a seguir cada um dos direitos em discussão e tentaremos verificar se a proibição de divulgação das biografias não autorizadas, e, em

contrapartida, a sua divulgação sem autorização, encontram-se acobertadas por esses direitos fundamentais.

⁸ *Ibidem*, p. 237.

⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

1.2 DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

À guisa de estabelecer qual o âmbito de proteção dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada, passemos a estudar detalhadamente esses dois institutos. A finalidade é verificar se a proibição das biografias não autorizadas estaria acobertada por esses direitos. Nesse primeiro momento, não se pretende concluir se este ou aquele direito fundamental prevaleceria em caso de colisão, mas tão-somente, conforme exposto, verificar o seu âmbito de proteção.

Não se cogita falar em um Estado de Direito sem se respeitar os direitos individuais mais caros aos indivíduos. A observância de direitos fundamentais dos cidadãos os quais o Estado deve respeitar, e mesmo proteger, inclusive dos outros cidadãos, confunde-se com o próprio conceito de Estado de Direito ou de Estado Constitucional.

O respeito à vida privada dos indivíduos foi uma conquista paulatina e que evoluiu com o tempo. José Francisco de Assis faz alguns apontamentos sobre o seu histórico:

“Os primeiros apontamentos sobre o direito à privacidade datam do século XVIII com o início da mudança de hábitos e costumes decorrente da ascensão da burguesia. Tendo em vista a modernização do espaço urbano, daquela época, e a criação de várias facilidades domésticas, inúmeras atividades que eram exercidas comunitariamente, ou ao menos sem qualquer intimidade, passaram a fazer parte da vida particular das pessoas, dando a noção de um direito à privacidade. Muito embora seja um direito não escrito em muitos países, este é hoje considerado parte essencial da liberdade.

A evolução da doutrina internacional sobre os direitos de personalidade e dos direitos fundamentais, neles contidos o direito à privacidade, derivam da constituição alemã de 1949, desde então esses conceitos ganharam força e propagaram-se por toda a doutrina e jurisprudência mundial.

No Brasil, a promulgação da Constituição de 1988, tornou a dignidade da pessoa humana um dos seus fundamentos, estipulando suas garantias e direitos fundamentais. Mais especificamente no que diz respeito à vida privada...”¹⁰.

¹⁰ ASSIS, José Francisco de. Direito à privacidade no uso da internet: omissão da legislação vigente e violação ao princípio fundamental da privacidade. Internet e Informática. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12848>. Acesso em: 24 mai. 2014.

A Carta Magna de 1988, como bem salientado, eleva o tema à merecida estatura constitucional, dispondo no seu art. 5º, X, que a vida privada e a intimidade, a honra e a imagem das pessoas são invioláveis, conforme se verifica na leitura *ipses literis* do dispositivo:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”¹¹

Em uma primeira impressão, parece que os conceitos de intimidade, vida privada (ou privacidade), honra e imagem fundem-se no texto constitucional. Todavia, faz-se necessário delimitá-los e diferenciá-los. Gilmar Ferreira Mendes narra que o direito à privacidade “teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público”¹². Por seu turno, o direito à intimidade teria por objeto “as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas”¹³.

Segundo Walber de Moura Agra¹⁴, o direito à privacidade daria autonomia à pessoa. Lembra, inclusive, que, embora não esteja previsto expressamente na Constituição americana, esse direito seria assegurado em virtude da interpretação sistêmica que se deve dar a direitos específicos, conforme se observa no trecho transcrito abaixo:

“... o direito à autonomia pessoal. A Constituição dos Estados Unidos não estabeleceu expressamente o direito à privacidade, mas a Suprema Corte norte-americana vem decidindo reiteradamente que esse direito está subentendido nas 'zonas de privacidade' criadas por garantias constitucionais específicas”¹⁵.

¹¹ BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 mai. 2014.

¹² MENDES, op. cit., p. 317.

¹³ MENDES, *loc. cit.*

¹⁴ AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. – 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 2013, p. 201.

¹⁵ AGRA, op. cit., p. 201.

Marques, lembrando importante lição de Alexy, diferencia o direito à privacidade do direito à intimidade considerando que enquanto este refere-se a uma esfera mais interna do indivíduo, mais íntima, e aquele teria um caráter mais amplo, conforme verificamos no trecho abaixo:

“Sobre o direito à intimidade, lembremos da lição de *Robert Alexy* ao mencionar, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, a *teoria das Esferas*, pela qual é possível separar três esferas com decrescente intensidade de proteção, quais sejam: **a esfera mais interna** (âmbito último intangível da liberdade humana), caracterizando-se por ser o âmbito mais íntimo, a esfera íntima intangível e conforme interpretação do Tribunal Constitucional alemão, o âmbito núcleo absolutamente protegido da organização da vida privada, compreendendo os assuntos mais secretos que não devem chegar ao conhecimento dos outros devido à sua natureza extremamente reservada; **a esfera privada ampla**, que abarca o âmbito privado na medida em que não pertença à esfera mais interna, incluindo assuntos que o indivíduo leva ao conhecimento de outra pessoa de sua confiança, ficando excluído o resto da comunidade; e **a esfera social**, que engloba tudo o que não for incluído na esfera privada ampla, ou seja todas as matérias relacionadas com as notícias que a pessoa deseja excluir do conhecimento de terceiros”¹⁶.

Segundo Mendes, “No âmago do direito à privacidade está o controle de informações de si mesmo”¹⁷. Citando indiretamente José Afonso da Silva, Catarina detalha as diferenças entre cada um dos direitos ligados à privacidade trazidos no corpo do inciso X do art. 5º da Constituição da República:

“A intimidade abrange o conjunto de informações que somente dizem respeito ao indivíduo e que não tem qualquer repercussão na esfera privada de seus semelhantes.

A vida privada representa a área de autodeterminação do ser humano nas relações com outros cidadãos, no que diz respeito à sua família e círculo de amizade.

A honra refere-se às qualidades que definem a reputação do cidadão no meio social, tanto no que concerne ao apreço que ele tem por si, como no prestígio e no bom nome junto aos seus pares.

A imagem compreende a representação física do indivíduo, a sua aparência in natura, cuja reprodução e divulgação devem ficar ao alvedrio de seu portador

No tocante à matéria de biografias não autorizadas, parece ser mais razoável darmos principal enfoque ao direito à privacidade, até por ter um âmbito de proteção, a princípio, mais amplo que os demais.

¹⁶ MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. Direito à intimidade e privacidade. Jus Vigilantibus. Vitória. Fev 2008. Disponível em <<http://jusvi.com/artigos/31767MARQUES>> Acesso em 14 mai 2014.

¹⁷ MENDES, op. cit., p. 317.

Poderíamos pensar a privacidade como o direito de esconder-se, de manter ocultas das pessoas em geral informações as quais não queremos e não somos obrigados a compartilhar.”¹⁸

Destacamos, ainda, que a proteção contra a violação da privacidade do indivíduo não tem eficácia apenas vertical, ou seja, contra o Estado, mas aplica-se também para proteger o cidadão de seus próprios pares. Vejamos:

“O direito à privacidade não protege o seu titular apenas contra o Estado, mas também contra as ingerências abusivas de outros cidadãos na esfera que se procura assegurar com esse preceito constitucional (cf. VIANNA, 2004). Na moderna dogmática jurídica, tem sido discutida a repercussão dos direitos fundamentais nas relações privadas (cf. CANARIS, 2003; SARMENTO, 2004; STEINMETZ, 2005; e VON GEHLEN, 2002). Até mesmo por força do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, ao prescrever que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Malgrado seja indispensável intermediação do legislador na efetivação do direito à privacidade nas relações entre particulares, não se pode deixar de reconhecer que a interpretação do direito privado deve partir de uma perspectiva constitucional.”¹⁹

No tocante à matéria de biografias não autorizadas, parece ser mais razoável darmos principal enfoque ao direito à privacidade, até por ter um âmbito de proteção, a princípio, mais amplo que os demais.

Poderíamos pensar a privacidade como o direito de esconder-se, de manter ocultas das pessoas em geral informações as quais não queremos e não somos obrigados a compartilhar. Segundo Mendes, “No âmago do direito à privacidade está o controle de informações de si mesmo”²⁰. Gilmar Mendes cita, ainda, um estudo clássico de William Prosser, no qual este sustenta que:

“...haveria quatro meios básicos de afrontar a provacidade: 1) intromissão na reclusão ou na solidão do indivíduo, 2) exposição pública de fatos privados, 3) exposição do indivíduo a uma falsa percepção do público (*false light*), que ocorre quando a pessoa é retratada de modo inexato e censurável, 4) apropriação do nome e da imagem da pessoa, sobretudo para fins comerciais”²¹

¹⁸ FRANÇA, Vladimir da Rocha. FRANÇA, Catarina Cardoso Sousa. Proteção Constitucional da Privacidade contra a biografia não-autorizada no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/catarina_cardoso_sousa_franca.pdf>. Acesso em 21 mai 2014.

¹⁹ *Ibidem, loc. cit.*

²⁰ MENDES, op. cit., p. 317.

²¹ *Ibidem, loc. cit.*

Nas biografias não autorizadas sem dúvida há uma *exposição pública de fatos da vida privada*²² do biografado, e possivelmente haverá uma forma de exposição dos fatos da vida do indivíduo que, ainda que verdadeiros, vão de encontro àquilo que o biografado gostaria que os leitores tomassem conhecimento. Em se tratando de uma pessoa famosa, é razoável a ideia de que haverá uso da imagem do biografado para fins comerciais, pois as informações em torno da sua imagem são justamente o objeto da biografia. Continua Mendes: “O direito à privacidade, em sentido estrito, conduz à pretensão do indivíduo de não ser foco da observação de terceiros, de não ter os seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostas a terceiros ou ao público em geral”²³.

Portanto, a privacidade não é mero direito periférico, mas verdadeiro direito fundamental do homem, definido por Costa Júnior como o direito de “...encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometido pelo ritmo da vida moderna”²⁴. Por sua vez, Mendes afirma que “é um direito subjetivo fundamental, cujo titular é toda pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente ou em trânsito no país; cujo conteúdo é a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio”²⁵.

Todavia, deve-se frisar que, como todo direito fundamental, ou, ainda, que se adote teorias alternativas, quase todo direito fundamental não é absoluto, podendo ser, conforme a técnica de interpretação, restringidos, o direito à vida privada e à intimidade encontra limites. Alexandre de Moraes, faz brilhante explanação sobre o tema. O constitucionalista brasileiro perquire se a dignidade da pessoa humana seria respeitada se o indivíduo visse os fatos da sua vida privada revelados ao público. Vejamos:

“Encontra-se em clara e ostensiva contradição com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), com o direito à honra, à intimidade e à vida privada (CF, art. 5º, X) converter em instrumento de diversão ou entretenimento assuntos de natureza tão íntima quanto falecimentos, padecimentos ou quaisquer desgraças alheias, que não demonstrem nenhuma finalidade pública e caráter jornalístico em sua divulgação. Assim, não existe qualquer dúvida de que a divulgação de fotos, imagens ou notícias apelativas, injuriosas,

²² *Ibidem*, loc. cit.

²³ *Ibidem*, p. 318.

²⁴ *Ibidem* apud Paulo José da Costa Júnior. O direito de estar só, p. 14.

²⁵ MENDES, op. cit., p. 317.

desnecessárias para a informação objetiva e de interesse público (CF, art. 5º, XIV), que acarretem injustificado dano à dignidade humana autoriza a ocorrência de indenização por danos materiais e morais, além do respectivo direito de resposta.

No restrito ambiente familiar, os direitos à intimidade e vida privada devem ser interpretados de uma forma mais ampla, levando-se em conta as delicadas, sentimentais e importantes relações familiares, devendo haver maior cuidado em qualquer intromissão externa. Dessa forma, concluímos como Antonio Magalhães, no sentido de que ‘as intromissões na vida familiar não se justificam pelo interesse de obtenção de prova, pois, da mesma forma do que sucede em relação aos segredos profissionais, deve ser igualmente reconhecida a função social de uma vivência conjugal e familiar à margem de restrições e intromissões’”.²⁶

Moraes Agra, ao tempo que defende a proteção desse direito fundamental, ligando-o, inclusive, a outros princípios, cita especificamente a situação de que, no caso de políticos e artistas em geral, o direito à privacidade poderá ser mais restringido.

“Por outro lado, essa proteção constitucional em relação àqueles que exercem atividade política ou ainda em relação aos artistas em geral deve ser interpretada de uma forma mais restrita, havendo necessidade de uma maior tolerância ao se interpretar o ferimento das inviolabilidades à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, pois os primeiros estão sujeitos a uma forma especial de fiscalização pelo povo e pela mídia, enquanto o próprio exercício da atividade profissional dos segundos exige maior e constante exposição à mídia. Essa necessidade de interpretação mais restrita, porém, não afasta a proteção constitucional contra ofensas desarrazoadas, desproporcionais e, principalmente, sem qualquer nexo causal com a atividade profissional realizada.”²⁷

Diante da doutrina e jurisprudência analisadas, podemos delinear o âmbito de proteção dos direitos estudados, ao menos quanto ao caso das biografias não autorizadas. Desse modo, de um lado temos a situação fática da conduta analisada: uma biografia pode revelar-se uma devassa na vida do biografado. O biógrafo, em regra, investiga a vida da pessoa objeto de sua obra tentando descobrir os seus detalhes mais secretos e íntimos da sua vida. Portanto, ao estudarmos o âmbito de proteção dos direitos à privacidade e à intimidade, verificamos que a publicação de biografia sem a autorização do biografado, ou de sua família, se falecido, afronta os princípios citados, pois os fatos a serem narrados na obra encontram-se sob o âmbito de proteção desses direitos fundamentais.

26 MORAES, *op. cit.*, p. 53.

27 AGRA, *op. cit.*, p. 254.

1.3 DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO

Ao lado do direito fundamental da proteção à privacidade, e à intimidade existem o direito à liberdade de expressão e o direito à informação. Nesse item do trabalho, analisaremos detalhadamente esses direitos fundamentais com as mesmas finalidades anteriores: descobrir qual o seu âmbito de proteção e verificar se o caso das biografias não autorizadas encontra-se por eles tutelado.

A liberdade de expressão é corolário tanto do Estado Democrático, quanto do Estado de Direito. O é do Estado Democrático porque não há de se falar em “poder do povo” quando o povo não pode expressar as suas opiniões e quando não há debate. Não há, de igual forma, Estado de Direito se uma das principais liberdades do ser humano, ser pensante e de opiniões, é execrada. Não há liberdade quando um homem, sem justos motivos, não pode dizer o que pensa.

Essas liberdades foram resultantes de lutas diversas na história, sendo, dependendo do tempo e lugar, mais ou menos reprimidas. A título de ilustração, trazemos à baila notas de alguns momentos históricos:

“339 a.C. – Sócrates no seu julgamento: “Se promettessem perdoar-me desta vez na condição de eu não voltar a dizer o que penso... dir-vos-ia: ‘Homens de Atenas, devo obedecer aos deuses e não a vós’”.

1770 – Carta de Voltaire a um sacerdote: “Detesto o que o senhor escreve, mas daria a minha vida para tornar possível que continuasse a escrever”.

1789 – A Declaração dos Direitos do Homem, documento fundamental da Revolução Francesa, consagra a liberdade de expressão.

1791 – A Primeira Emenda da Declaração de Direitos dos Estados Unidos da América garante quatro liberdades: de religião, expressão, imprensa e reunião.

1859 – O filósofo John Stuart Mill escreve o ensaio Sobre a Liberdade: “Se qualquer opinião for obrigada ao silêncio, essa opinião pode, por tudo o que temos a certeza de saber, ser verdadeira. Negá-lo é assumir a nossa própria infalibilidade”.

1929 – Declaração do juiz do Supremo dos EUA, Oliver Wendell Holmes: “O princípio do pensamento livre não significa pensamento livre para os que concordam conosco, mas liberdade para o pensamento que detestamos”.

1948 – É aprovada quase por unanimidade pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela qual os países membros ficam obrigados a promover os direitos humanos,

cívicos, económicos e sociais, incluindo as liberdades de expressão e religião.”²⁸

A liberdade de expressão é o alicerce que sustenta e dá força aos demais direitos fundamentais. Na história do Brasil, os tempos de liberdade de imprensa, de pensamento e de opiniões foram os mesmos em que floresceram os outros direitos. Nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco: “A liberdade de expressão é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos.”²⁹

A atual Constituição, promulgada em 1988, chamada “Constituição Cidadã”, estatuto da redemocratização do país, assegura, em diversos trechos, o direito fundamental à liberdade de expressão e seus correlatos. Assim dispõe o texto da Carta da República:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”³⁰

Os livros biográficos, por serem veículos de comunicação social, tem, além da regência dos artigos citados, a de outros dispositivos constitucionais, como o art. 220, § 2º, que veda a censura política, ideológica e artística, conforme transcrição abaixo:

“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

[...]

²⁸ MADUREIRA, Eduardo Jorge. Dez datas históricas da liberdade de expressão. Revista Blogues, 8 de maio de 2013. Disponível em: <<http://blogues.publico.pt/pagina23/2013/05/08/dez-datas-da-historia-da-liberdade-de-expressao/>>. Acesso em: 14 mai. 2014.

²⁹ MENDES, *op. cit.*, p. 296 e 297.

³⁰ BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 mai. 2014.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

[...]

§ 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.”³¹

Com a volta da democracia ao Brasil, é de se esperar que a nova Constituição proteja esse direito tão caro ao Estado democrático. Não bastava mera citação sintética, mas de maneira analítica. Percebe-se, portanto, que essa analiticidade é fruto de um contexto histórico que se deu após décadas de supressão da liberdade de expressão. Nesse sentido, França tece alguns comentários:

“A triste experiência nacional durante o Estado Novo (1937-1945) e o Regime Militar (1964-1985) tradicionalmente serve como argumento para uma defesa apaixonada e incisiva da liberdade de comunicação como direito absoluto. Sem sombra de dúvida, é um direito humano profundamente vitimado durante os períodos de exceção citados.

Mas, ao se analisar com mais cautela a Constituição Federal, verifica-se que esse direito fundamental não pode ser desenvolvido de modo lesivo a outros direitos de igual hierarquia. Não há, como se adverte em vários setores da doutrina constitucionalista (cf. ALEXY, 2001; e SARMENTO, 1999), supremacia a priori de um direito sobre o outro quando ambos foram qualificados como fundamentais. Em verdade, as tensões entre direitos dessa natureza devem ser superadas a partir dos elementos do caso concreto, mediante a aplicação de princípios da nova hermenêutica constitucional como a razoabilidade e a ponderação de bens (cf. BARROSO, 2005; e CASTRO, 2003).”³²

A liberdade de expressão, e seus correlatos, é festejada como baluarte da democracia, como garantia contra regimes totalitários. Não há como se falar em poder do povo em uma sociedade na qual esse povo não pode manifestar o que pensa, ou não pode ter acesso ao maior número de informações possíveis para formar o seu livre convencimento. Moura sintetiza bem a importância da liberdade de expressão, *in verbis*:

“O corolário básico do regime democrático é a possibilidade de os cidadãos se expressarem de acordo com o seu pensamento e as suas convicções (art. 5º, IV, da CF). Isso também se mostra essencial para que a população possa manifestar, formar sua opinião e se posicionar nas decisões políticas tomadas pela sociedade.

[...]

Essa prerrogativa tem sua fundamentação no princípio da autodeterminação humana, permitindo seu direcionamento de forma a garantir um melhor aperfeiçoamento da personalidade e permitindo a

³¹ BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 mai. 2014.

³² FRANÇA, *op. cit.*

divulgação de suas ideias de forma ampla. Se houver restrições abusivas a esse direito, a expressão dos cidadãos será tolhida, sem que eles possam se manifestar de forma livre.”³³

O direito fundamental à liberdade de expressão tem na realidade várias vertentes, todas visando garantir o livre trânsito do que as pessoas pensam das mais variadas formas. José Afonso da Silva prefere usar o termo genérico “liberdade de comunicação” para alcançar todas as vertentes desse direito fundamental. Faz-se, então, necessária a leitura dos seus conceitos:

“A *liberdade de comunicação* consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII e XIV do art. 5º combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição. Compreende ela as formas de *criação, expressão e manifestação do pensamento e da informação*, e a organização dos *meios de comunicação*, esta sujeita a regime jurídico especial de que daremos notícias no final deste tópico.

As formas de comunicação regem-se pelos seguintes princípios básicos: (a) observando o disposto na Constituição, não sofrerão qualquer restrição qualquer que seja o processo ou o veículo por que se exprimam; (b) nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística; (c) é vedada toda e qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística; (d) a publicação de veículo impresso de comunicação independente de licença de autoridade; (e) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens dependem de autorização, concessão ou permissão do Poder Executivo federal, sob controle sucessivo do Congresso Nacional, a que cabe apreciar o ato, no prazo do art. 64, §§2º e 3º (45 dias, que não correm durante o recesso parlamentar); (f) os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio.”³⁴

É importante, ainda, distinguir a liberdade de informar, de índole ativa, que seria a liberdade que os indivíduos têm de se manifestarem, de expressarem as suas opiniões e informações as quais teve conhecimento, e o direito de ser informado, de índole passiva, que seria o direito que os indivíduos tem que recepcionarem as informações expressadas pelos outros, de tomarem conhecimento de opiniões e informações que queiram, sem embaraço do Estado ou de qualquer outra pessoa. José Afonso da Silva faz essa distinção:

“Há que se fazer distinção entre liberdade de informação e direito à informação. Deste, que não é um direito pessoal nem profissional, mas um *direito coletivo*...”

³³ AGRA, *op. cit.*, p. 195.

³⁴ *Ibidem*, p. 243-244.

A palavra informação designa ‘o conjunto de condições e modalidades de difusão para o público (ou colocada à disposição do público) sob formas apropriadas, de notícias ou elementos de conhecimento, ideias ou opiniões’. Como esclarece Albino Greco, por ‘informação’ se entende ‘o conhecimento de fatos, de acontecimentos, de situações de interesse geral e particular que implica, do ponto de vista jurídico, duas direções: a do *direito de informar* e a do *direito de ser informado*’. O mesmo é dizer que a liberdade de informação compreende a *liberdade de informar* e a *liberdade de ser informado*. A primeira, observa Albino Greco, coincide com a liberdade de manifestação do pensamento *pela palavra, por escrito ou por qualquer outro meio de difusão*; a segunda indica o interesse sempre crescente da coletividade para que tanto os indivíduos como a comunidade estejam informados para o exercício consciente das liberdades públicas.

Nesse sentido, a *liberdade de informação* compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer. O acesso de todos à informação é um direito individual consignado na Constituição, que também resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, XIV). Aqui se ressalva o direito do jornalista e do comunicador social de não declinar a fonte onde obteve a informação divulgada. Em tal situação, eles ou o meio de comunicação utilizado respondem pelos abusos e prejuízos ao bom nome, à reputação e à imagem do ofendido (art. 5º, X).”³⁵

Agra, por sua vez, faz uma distinção conceitual entre liberdade de expressão e liberdade de comunicação, considerando que estes são institutos distintos. Para ele, a liberdade de expressão tem cunho subjetivo, está mais ligado à pessoa que se expressa, que exterioriza suas opiniões. Por sua vez, a liberdade de comunicação, ou direito à informação, tem um cunho mais objetivo, conforme verificamos a seguir:

“Não se pode confundir a liberdade de expressão com a liberdade de comunicação, porque esta consiste na divulgação de notícias, fatos, enquanto aquela se configura na divulgação das manifestações intelectuais do cidadão. A primeira, teoricamente, teria um cunho marcadamente subjetivo, enquanto a segunda em cunho objetivo. A liberdade de comunicação pressupõe as seguintes características: a) direito de informar; b) direito de buscar a informação; c) direito de opinar; d) direito de criticar.

O direito à liberdade de pensamento e à sua expressão, bem como o direito de comunicação pressupõem o direito à informação – sem ela esses direitos não podem se configurar de forma plena. Deve-se ressaltar que a informação deve ser a mais consentânea possível com os fatos sociais, sem deturpações ou desvios que possam

³⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. – 35. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Malheiros, 2012, p. 243 - 244.

mascarar a realidade. O direito à informação é requisito inalienável para o direito de pensamento e sua expressão. Ele pertence à quarta dimensão dos direitos fundamentais, juntamente com o direito à democracia e ao pluralismo político, constituindo-se em esteio do Estado Democrático de Direito.”³⁶

Dentro desse conceito de liberdade de informar e de ser informado, encontra-se a liberdade de informação jornalística, que engloba a antiga liberdade de imprensa. A liberdade jornalística tem um campo muito próximo ao das biografias, pois visam noticiar às pessoas sobre certos fatos. Continua José Afonso da Silva:

“É nesta [liberdade de informação jornalística] que se centra a liberdade de informação, que assume características modernas, superadoras da velha liberdade de imprensa. Nela se concentra a *liberdade de informar* e é nela ou através dela que se realiza o direito à informação, isto é, a *liberdade de ser informado*.”³⁷

Todavia, deve-se perceber que a liberdade de informação jornalística não é o direito de o grupo que detém o controle dos meios de comunicação, sobretudo os de massa, noticiarem o que quiserem. Isso pode ser, na verdade, uma ofensa ao princípio da liberdade de expressão, conforme importante lição de José Afonso da Silva:

“A liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso à informação, a de obtê-la. O dono da empresa e o jornalista têm um *direito fundamental* de exercer sua atividade, sua missão, mas especialmente têm um *dever*. Reconhece-se-lhes o *direito de informar* à coletividade de tais acontecimentos e ideias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original, do contrário, se terá não informação, mas deformação.”³⁸

São todos esses direitos que formam a liberdade de expressão que garantem a uma sociedade a consecução de outros direitos fundamentais. Contudo, Branco assevera que esta liberdade é plena enquanto não colidir com outros direitos fundamentais, assunto que será melhor estudado no Capítulo II deste trabalho.

³⁶ AGRA, *op. cit.*, p. 196.

³⁷ SILVA, *op. cit.*, p. 246.

³⁸ SILVA, *op. cit.*, p. 247.

“Incluem-se na liberdade de expressão faculdades diversas, como a de comunicação de pensamentos, de ideias, de informações e de expressões não verbais (comportamentais, musicais, por imagem etc.). O grau de proteção que cada uma dessas formas de se exprimir recebe costuma variar, mas, de alguma forma, todas elas estão amparadas pela Lei Maior.”³⁹

Merece destaque, também, lição de Gilmar Mendes na qual ele prenuncia que, enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais, a liberdade de expressão será assegurada na sua plenitude, como expomos anteriormente.

“A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não – até porque ‘diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista.

No direito de expressão cabe, segundo a visão generalizada, toda mensagem, tudo o que se pode comunicar – juízos, propaganda de ideias e notícias sobre fatos.”⁴⁰

Do exposto concluímos que a liberdade de expressão é garantida, sendo ela a baluarte do Estado Democrático de Direito. Contudo, como no texto constitucional pátrio é expressamente vedado o anonimato, como forma de proteger outros direitos fundamentais; pois, sem identificar o autor, não haverá como responsabilizá-lo por eventuais ofensas contra outros direitos fundamentais, nem fazê-lo repará-lo o dano. Sobre o tema, transcrevemos trecho de acórdão do STF:

“A liberdade de imprensa, enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, entre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, o direito de informar, o direito de buscar a informação, o direito de opinar, e o direito de criticar. A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas ou as figuras notórias, exercentes, ou não, de cargos oficiais. A crítica que os meios de comunicação social dirigem às pessoas públicas, por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade. Não induz responsabilidade civil

³⁹ AGRA, *op. cit.*, p. 196.

⁴⁰ MENDES, *op. cit.*, p. 297.

a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicule opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender. Jurisprudência. Doutrina. O STF tem destacado, de modo singular, em seu magistério jurisprudencial, a necessidade de preservar-se a prática da liberdade de informação, resguardando-se, inclusive, o exercício do direito de crítica que dela emana, por tratar-se de prerrogativa essencial que se qualifica como um dos suportes axiológicos que conferem legitimação material à própria concepção do regime democrático. Mostra-se incompatível com o pluralismo de ideias, que legitima a divergência de opiniões, a visão daqueles que pretendem negar, aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais), o direito de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes. Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação, a repressão à crítica jornalística, pois o Estado – inclusive seus juízes e tribunais – não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da imprensa.” ([AI 705.630-AgR](#), Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-3-2011, Segunda Turma, DJE de 6-4-2011.) No mesmo sentido: [AI 690.841-AgR](#), Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 21-6-2011, Segunda Turma, DJE de 5-8-2011; [AI 505.595](#), Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 11-11-2009, DJE de 23-11-2009.

Há, ainda, outras formas de restrição à liberdade de expressão e informação que eram comuns no passado recente da nossa história: a censura e a licença. Contudo, comumente, verifica-se que essas formas de restrição não são autorizadas em uma democracia. Vejamos a definição de Moura Agra:

“Censura é o policiamento ideológico do pensamento, proibindo-se qualquer manifestação que não esteja dentro da opção ideológica escolhida pelo governo. Licença significa autorização para a expressão do pensamento, podendo ser veiculado apenas depois de concedido o seu deferimento.”⁴¹

Desse modo, a grosso modo, percebe-se que a autorização para publicação de uma biografia representaria, a princípio, uma espécie de pedido de “licença”, não dirigida ao Estado, mas ao particular, no caso, ao biografado ou à sua família, caso falecido. Portanto, o direito de veicular as informações desejadas sobre a vida dessa ou daquela pessoa, principalmente se esta for uma pessoa pública, está acobertado pelo âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão. Do mesmo modo, o direito de a sociedade tomar

⁴¹ AGRA, *op. cit.*, p. 195.

conhecimento de informações relativas a pessoas com notoriedade pública está tutelado pelo direito à informação.

Conclui-se, portanto, que o caso das biografias não autorizadas encontra-se sob o âmbito de proteção dos direitos à liberdade de expressão e à informação.

2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL

Conforme verificado no Capítulo I, os direitos fundamentais não devem ser interpretados como regra, mas como verdadeiros princípios⁴², ante a sua amplitude e possibilidade de ponderação destes quando entram em conflito em determinada situação concreta. Por esta razão, concluímos que o caso das biografias não autorizadas deve ser analisado à luz das técnicas de ponderação de princípios.

Descartamos, ainda, a possibilidade de conflito aparente. Verificamos que o problema das biografias não autorizadas elenca elementos que são realmente tutelados pelos direitos fundamentais à liberdade de expressão, informação, privacidade e intimidade. Desta forma, estamos de uma colisão autêntica em sentido estrito de direitos fundamentais distintos. Por isso, dever-se-á aventar a possibilidade de solução do conflito do caso em análise.

Em uma primeira análise, a fim de resolver o problema desta colisão, poderíamos pensar em tentar estabelecer uma hierarquia entre os direitos fundamentais, como, de modo indireto, defendeu a Advocacia-Geral da União (AGU) na ADI 4815, analisada no capítulo anterior. Mendes leciona que a aplicação rigorosa de uma hierarquia entre direitos fundamentais desconfiguraria a Constituição como “complexo normativo unitário e harmônico”⁴³, embora acredite que seja possível estabelecer uma hierarquia apenas em casos especialíssimos⁴⁴. Desse modo, como não podemos simplesmente estabelecer uma hierarquia entre os direitos fundamentais em tela, devemos procurar outra maneira de solucionar o conflito desses direitos fundamentais. Para tanto, veremos a seguir as teorias interna e externa de solução de conflitos de direitos fundamentais.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. – 9. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 183.

⁴³ *Ibidem*, p. 238.

⁴⁴ *Ibidem*, loc. cit.

2.1 ESTUDO DAS TEORIAS INTERNA E EXTERNA DE SOLUÇÃO DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme observamos, entende-se que não há hierarquia entre princípios. Mesmo aqueles que consideram ao menos teoricamente a hipótese⁴⁵ admitem que uma eventual hierarquia não poderia ser de toda rigorosa. Se não há hierarquia entre princípios, logicamente não se pode falar em direito ou princípio absoluto. Por esta razão, devemos considerar que, apesar de alçado à condição de princípio constitucional, este ou aquele direito fundamental tem um limite ou pode ser restringido. A utilização de um ou outro conceito depende da teoria que se pretende adotar na análise da colisão de princípios, se utilizar-se-á a teoria interna ou externa.

A chamada *teoria interna* nega que possa haver restrição externa ao direito analisado. Segundo essa teoria, o direito fundamental não pode ser restrito, ele sempre terá uma posição definitiva⁴⁶. O que há, segundo a teoria interna é um limite que é próprio do direito estudado, ele sempre teve e sempre terá essa delimitação, é como se fosse o contorno, a margem do âmbito de proteção daquele direito. Nos dizeres de Gilmar Mendes, “[...] eventual dúvida sobre o limite do direito não se confunde com a dúvida sobre a amplitude das restrições que lhe devem ser impostas, mas diz respeito ao próprio conteúdo do direito”⁴⁷.

De outro modo, a chamada *teoria externa* nega que o âmbito de proteção dos direitos fundamentais seja imutável. Segundo essa teoria, o que, *a priori*, seria acobertado pelo âmbito de proteção do direito fundamental, quando colide com outro direito fundamental pode deixar de sê-lo em virtude da necessidade de se compatibilizar os dois direitos que estão colidindo⁴⁸. Destarte, o direito que a princípio é amplo pode ser restringido por um elemento externo.

Segundo Mendes, para a aplicação da teoria interna seria necessário acreditar que os “direitos individuais consagram *posições definitivas*”⁴⁹. Dessa forma, entendemos que a

⁴⁵ *Ibidem*, p. 198.

⁴⁶ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁴⁷ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁴⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁴⁹ *Ibidem*, p. 198.

teoria externa é a mais adequada a resolver os problemas de colisão de direitos fundamentais, acreditando que os direitos individuais “definem apenas posições *prima facie*”⁵⁰

Partindo dos conceitos agora arrecadados, passemos a analisar o conflito objeto desse estudo. Se aplicássemos a teoria interna, teríamos que acreditar que problema da necessidade ou não de autorização do biografado para a publicação da sua biografia não estaria albergado pelo direito à liberdade de expressão/informação ou pelo direito à privacidade/proteção da intimidade. Conforme analisado no Capítulo 1, nos filiamos à ideia de que a não exposição não autorizada de fatos da vida privada ou íntima de uma pessoa está protegida pelo direito à privacidade. Da mesma forma, não acreditamos que a liberdade para narrar fatos de um personagem importante à história de uma sociedade não esteja albergada pela liberdade de expressão.

Desta feita, seguindo a teoria externa, analisaremos a seguir a aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de restrição de direitos fundamentais para solucionar o problema da colisão ora estudado.

2.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A SOLUÇÃO DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

As teses detalhadas até aqui serviram para dar fundamento à ideia de que no caso das biografias não autorizadas há um conflito real de direitos fundamentais, conforme já concluído. Também chegou-se à conclusão de que essa colisão se dá porque o caso das biografias não autorizadas está inserido, a princípio, no âmbito de proteção dos quatro direitos fundamentais estudados, quais sejam, liberdade de expressão, de informação, privacidade e intimidade. O que pretendemos responder a seguir é se o caminho encontrado pelo legislador para solução do conflito através dos arts. 20 e 21 do Código Civil foi aquele alinhado ao que permite a Constituição Federal de 1988.

⁵⁰ *Ibidem, loc. cit.*

Conforme ensinado por Alexy⁵¹, o que uma constituição não obriga e nem proíbe expressamente é contemplado pelo que o jusfilósofo alemão chama de “discrecionariade estrutural do legislador”⁵². Há, pois, segundo essa tese, três tipos de discrecionariade estrutural: “a discrecionariade para definir objetivos, a discrecionariade para escolher meios e a discrecionariade para sopesar”⁵³.

A primeira discrecionariade estrutural a que faz menção Alexy⁵⁴ é a discrecionariade para definir objetivos. Segundo o escritor alemão, nesse caso o legislador teria discrecionariade para decidir, ele mesmo, se irá agir ou não em razão de dado direito fundamental, pois poderá definir quais os objetivos dessa ação. Alexy⁵⁵ aponta que a discrecionariade para definir objetivos da ação do legislador é mais comum quando se trata de direitos coletivos, pois nesses direitos, ante a amplitude do seu mandado de otimização, é possível que o legislador eleja quais as finalidades ele buscará com aquelas normas infraconstitucionais.

Alexy faz menção, em seguida, à segunda discrecionariade estrutural, que seria a discrecionariade para escolher os meios. Segundo o mesmo autor, ela “entra em cena quando normas de direitos fundamentais não apenas proíbem intervenções, como também exigem ações positivas, como por exemplo, a concessão de uma proteção”⁵⁶.

O autor dá o exemplo de um salvamento a uma pessoa que está se afogando, segundo o qual explica que há diferentes meios para se realizar o salvamento. O socorro poderia ser prestado através de uma boia de salvamento, através de um bote salva-vidas ou até mesmo a nado⁵⁷. Dessa forma, existindo várias maneiras de se atingir o fim almejado (no exemplo, salvar a vida da pessoa que estava se afogando), e sendo todos os meios adequados a alcançar a finalidade, o legislador pode livremente escolher qual meio irá

⁵¹ ALEXY, Robert. Traduzido por SILVA, Virgílio Afonso da. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2014, pág. 584.

⁵² *Ibidem, loc. cit.*

⁵³ *Ibidem*, p. 585.

⁵⁴ *Ibidem, loc. cit.*

⁵⁵ *Ibidem*, p. 586.

⁵⁶ *Ibidem, loc. cit.*

⁵⁷ *Ibidem, loc. cit.*

adotar. A discricionariedade para escolher os meios é comumente encontrada em deveres positivos⁵⁸.

Contudo, alerta o jusfilósofo que tal facilidade pode não ser encontrada no que tange aos deveres negativos. Há aqueles deveres negativos nos quais todos os meios são adequados para atingir a finalidade, nesses não há problema. A dificuldade existe quando os diferentes meios podem alcançar a finalidade em “graus distintos”, ou se, para alcançar tais finalidades, esses meios proporcionem efeitos gravosos a outra finalidade também tutelada pela constituição⁵⁹. Havendo essa situação, o legislador deve se ater à discricionariedade para sopesar.

O caso das biografias não autorizadas parece se encaixar mais na última alternativa. De fato, os objetivos ou finalidade já foram definidos pela Constituição, e esse caso é, na verdade um dever negativo, pois, de um lado há o dever de não tolher do biógrafo a sua liberdade de expressão e da população o seu direito a obter a informação, e de outro lado está a proibição de divulgação desautorizada de fatos que compõem a vida privada ou até íntima do biografado. Nesse caso, é imperativo o sopesamento dos princípios envolvidos, para se verificar se o meio utilizado (proibição das biografias não autorizadas) é proporcional no sopesamento dos direitos envolvidos.

Portanto, sendo princípios “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”⁶⁰, Alexy indica que, nesses casos, deve-se aplicar a máxima da proporcionalidade, nos seus três subprincípios – a adequação a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Desse modo, faremos a seguir a análise de cada subprincípio, levando-se em consideração que eles funcionam como “peneiras” às quais a norma elaborada através da discricionariedade para sopesar do legislador devem passar. Ao mesmo tempo, vamos submeter os arts. 20 e 21, ou a interpretação que vem sendo dada a eles, aos crivos dessas “peneiras”, para, enfim, concluir pela sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 586.

⁵⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁶⁰ *Ibidem*, *loc. cit.*

2.2.1 O subprincípio da adequação

Nas palavras de Robert Alexy, os subprincípios da adequação e necessidade – como é próprio das normas de caráter principiológico – exigem “uma máxima realização em relação às possibilidades fáticas”⁶¹, estando pois aí inserido o conceito de otimização, pois, em um conflito de direitos fundamentais, o legislador deve buscar otimização entre os princípios envolvidos quando sopesá-los na elaboração das normas.

O subprincípio da adequação é a primeira “peneira” para se verificar a constitucionalidade das normas. A adequação verifica se a norma em análise é eficiente para proteger o direito fundamental tutelado. Deve-se verificar se o meio utilizado é idôneo para o fim o qual se almeja. Não se poderia, por exemplo, pretender pescar um peixe com um macaco para carro, tampouco levantar um carro com uma vara de pescar, pois ambos os meios são ineficazes e inapropriados para o fim ao qual se destinam. Doutro modo, poder-se-ia utilizar uma vara de pescar, uma rede, ou até uma lança para se alcançar o objetivo de pescar um peixe. Esse subprincípio não se preocupa em determinar qual o melhor meio para atingir a finalidade, mas verifica se esse meio é capaz de atingir a finalidade, qual seja, a defesa do direito fundamental.

Alexy, no seu livro “Teoria dos Direitos Fundamentais”⁶², dá como exemplo uma norma analisada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. Nesse caso, um cabeleireiro foi proibido de manter no seu estabelecimento uma máquina automática de venda de cigarros, pois havia uma lei que exigia uma permissão para a venda de produtos, a qual somente era obtida se fosse demonstrada expertise para o comércio por meio de comprovação de experiência, curso profissionalizante ou por meio de alguns testes. Ao analisar o caso, o Tribunal Constitucional Alemão declarou essa lei inconstitucional por considerá-la inadequada. A norma não seria adequada para defender o direito fundamental que se queria tutelar, qual seja, proteção ao consumidor⁶³.

Dessa forma, havia na norma um conflito de dois direitos fundamentais: a liberdade profissional e a proteção ao consumidor. Todavia, a exigência de capacidade comercial não

⁶¹ *Ibidem*, p. 588.

⁶² *Ibidem*, p. 589.

⁶³ *Ibidem*, *loc. cit.*

era capaz de proteger o consumidor, mas restringia a liberdade profissional. Destarte, a lei era inconstitucional por não ser eficaz para proteger o direito pretendido e ao mesmo tempo restringir outro direito. Esse subprincípio na verdade seria um critério negativo, pois, em que pese não indicar qual o melhor meio para atingir a finalidade, ele exclui aqueles que não são aptos⁶⁴.

Partindo dos pressupostos apresentados, passamos a analisar a proibição das biografias não autorizadas sob a ótica da adequação. A exigência de autorização do biografado, ou de sua família, se falecido, para a publicação da biografia, contida nos arts. 20 e 21 do Código Civil, visa proteger os direitos do biografado à privacidade e intimidade. Ao proibir a publicação de um livro contendo fatos que a princípio o biografado não queria que fossem tornados públicos, ou fossem lembrados, não há dúvida que o legislador consegue proteger a privacidade e a intimidade do indivíduo. Dessa forma, a proibição das biografias não autorizadas é adequada para proteger os direitos os quais pretende tutelar, passando, pois, tal instituto pela “peneira” da adequação.

2.2.2 O subprincípio da necessidade

Sendo a norma considerada adequada a atingir os fins a que se destina, o segundo critério a ser observado para se verificar se a norma é constitucional é o subprincípio da necessidade. Segundo essa máxima, existindo dois ou mais meios aproximadamente adequados para tutelar um direito fundamental, deve-se adotar aquele que restrinja menos o outro direito fundamental em colisão⁶⁵. Ou seja, deve-se questionar se é necessário uma restrição com aquele “poder de fogo” para atingir a finalidade da norma ou se é possível utilizar um meio menos restritivo para atingir essa finalidade.

Estamos, pois, tratando ainda de um critério de otimização da norma, na qual o legislador deve equilibrar os meios utilizados e o fim almejado. Alexy alerta que o subprincípio da necessidade não implica necessariamente que o legislador deva escolher sempre o meio menos intenso de proteger um direito fundamental, o que se procura é evitar

⁶⁴ *Ibidem*, p. 590.

⁶⁵ *Ibidem*, *loc. cit.*

sacrifícios desnecessários, é evitar que um meio muito gravoso seja adotado sem a devida necessidade⁶⁶.

A proibição das biografias não autorizadas, como detalhadamente analisado, tem como objetivo proteger os direitos à privacidade e à intimidade. Podemos imaginar que o legislador, ao elaborar a norma, tinha vários meios para atingir esse objetivo. Podemos citar a título de exemplo, meramente com fim teórico, sem defender qualquer desses meios, algumas medidas que poderiam ser tomadas e teriam um caráter menos restritivo, como por exemplo a possibilidade de recolhimento das publicações em caso de comprovada injúria ou calúnia, a fixação de multas ou indenizações, dentre outras. Por fim, o legislador poderia restar inerte nesta questão e ainda assim o biografado que se sentisse lesado poderia se socorrer do Poder Judiciário. Entretanto, quis o legislador utilizar o meio em análise.

Os meios citados, todos eles menos gravosos que o utilizado, ou outros que poder-se-ia conjecturar, conseguem proteger a privacidade e a intimidade do biografado sem restringir tanto a liberdade de expressão e o direito à informação. De fato, essa espécie de censura privada restringe excessivamente esses direitos. Há maneiras mais democráticas de se tutelar os direitos de personalidade dos biografados sem tolher tão intensamente o a liberdade de expressão. A necessidade de autorização para publicação das biografias é uma medida desproporcional no que tange à necessidade de utilização desse meio.

Pior situação ocorre quando o biografado é uma pessoa pública e o conhecimento de fatos aparentemente privados é vital para a própria história ou formação da cultura de um povo. Dessa forma, essa proibição é uma medida desnecessária, pois uma medida menos gravosa poderia ser tomada protegendo a privacidade do biografado de maneira razoável sem restringir, no caso, completamente, o direito à liberdade de expressão do biógrafo.

Contudo, ante a subjetividade que é própria da análise dos fundamentos aqui expostos, alguém poderia perquirir que qualquer outra medida diferente não protegeria nas devidas proporções os direitos à personalidade. Dessa forma, esses mesmos poderiam indagar que a medida é necessária. Em primeiro lugar é importante frisar que o

⁶⁶ *Ibidem*, p. 591.

subprincípio da necessidade não determina que seja tomada a medida que amplie ao máximo o âmbito de proteção de dado direito, mas, pelo contrário, o proteja limitando o mínimo possível do direito com o qual ele colide. É um mandado de otimização.

Diante da análise transcorrida, entendemos que a regra das biografias não autorizadas é inconstitucional por não atender ao subprincípio da necessidade, sendo, pois, desproporcional. De qualquer forma, passemos à análise da proporcionalidade em sentido estrito para verificar se a norma em análise resistiria a esse subprincípio.

2.2.3 O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito

Se a norma ultrapassar o crivo dos outros dois subprincípios, ela finalmente deverá mostrar-se proporcional no sentido estrito do termo. Para tanto, Alexy conceitua esse subprincípio com a seguinte máxima: “Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”⁶⁷. Portanto, esse subprincípio pretende verificar se a restrição imposta a um direito fundamental é proporcional ao benefício que causa ao princípio colidente. Se a resposta for negativa, ou seja, a medida causar mais transtorno a um direito que benefício ao outro, ela é desproporcional.

Para avaliar essa proporcionalidade em sentido estrito, Robert Alexy esboça três passos a serem seguidos: no primeiro, deve-se avaliar qual o grau de restrição do princípio a ser restringido; no segundo passo, verifica-se qual o grau de importância da proteção ao princípio colidente; por fim, o terceiro passo deve avaliar “se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou não satisfação do outro princípio” (594). Para isso, vamos repetir nomenclatura da gradação utilizada pelo jusfilósofo alemão, adotando a classificação de “leve”, “moderado” e “sério”⁶⁸.

Primeiro, avaliamos o grau de restrição que a proibição das biografias não autorizadas impõe à liberdade de expressão e ao direito de informação. Levando em consideração que se não houver autorização para publicação da biografia esta não poderá

⁶⁷ *Ibidem*, p. 593.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 595.

ser apresentada à população sob nenhum pretexto, parece não restar dúvida de que podemos classificar a restrição como “séria”. Esse argumento junta-se ao fato de estes princípios serem verdadeiros basilares da democracia moderna e do Estado de Direito, conforme verificado no Capítulo I.

A seguir, avaliamos o grau de importância do direito à privacidade e à intimidade. Conforme amplamente analisado no Capítulo I, esses princípios são de suma importância enquanto defendem o indivíduo frente ao Estado e aos demais cidadãos. Se não houvesse a proibição, a publicação não autorizada das biografias poderia ofender a esses direitos de maneira “leve”, “moderada” ou “séria”, dependendo do caso concreto, ou poderia nem ofendê-los. Na possibilidade de ocorrer a hipótese mais ofensiva a esses princípios, uma ofensa “séria”, estaria pé de igualdade com a restrição ao princípio da liberdade de expressão, pois a proibição por si só já nos parece ser restrição “séria” em qualquer contexto que ela se apresente.

Por último, devemos verificar se a restrição causada à liberdade de expressão e ao direito à informação é justificada para proteger os direitos da privacidade e da intimidade. Dessa feita, entendemos que não se justifica tolher completamente a liberdade de expressão do biógrafo e o direito à informação da população para proteger os direitos da personalidade do biografado. De fato, é excessiva a restrição aí imposta. Os benefícios proporcionados aos direitos à privacidade e intimidade são menores que os malefícios causados aos outros dois direitos. Desta forma, é desproporcional no sentido estrito a proibição das biografias não autorizadas.

3 STF E A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL APONTANDO A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO PREVALESCENTE

É desnecessário afirmar que a Constituição de 1988 criou um novo paradigma no respeito aos direitos fundamentais. Todos sabemos que a Constituição vigente, chamada pelos mais entusiasmados de “Carta da Primavera”, inaugurou o Estado de Direito de fato no Brasil, após mais de duas décadas de regime militar, no qual os direitos fundamentais.

Obviamente, à sombra da nova Constituição, o Supremo Tribunal Federal (STF), após sofrer diversas intervenções no regime militar, passou a adotar em seus julgados cada vez mais um tom de defesa dos direitos fundamentais, como os direitos ora estudados da liberdade de expressão e de informação e da privacidade e intimidade.

Neste capítulo, abordaremos primeiramente a jurisprudência do STF sobre cada um dos direitos fundamentais citado, notando certa evolução nos seus julgados, ao que nos parece, dando à liberdade de expressão uma conotação de princípio prevalente. A seguir, detalharemos a ADI 4815, que trata especificamente da necessidade de autorização do biografado, ou de seus familiares, se falecido, para a publicações de biografias. A ADI não teve o seu julgamento iniciado; contudo, o avançado grau de instrução desta nos permite fazer uma análise acadêmica a partir dos elementos já constantes nos autos da referida ação.

3.1 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A PARTIR DE 1988

Conforme mencionado, com a inauguração de um novo Estado Democrático de Direito, o (STF) passou a adotar cada vez mais um papel importante na defesa dos direitos fundamentais individuais e coletivos. Como guardião da Constituição, a nossa suprema Corte ostenta uma verdadeira evolução na tutela dos direitos fundamentais a partir de 1988.

Contudo, como já descrito, a questão da necessidade de autorização do biografado para a publicação das biografias, e a consequente proibição das biografias não autorizadas,

não trata apenas da garantia de um direito fundamental face o Estado ou face um particular, mas da colisão entre direitos fundamentais igualmente garantidos pela Carta Magna.

É de se observar, inicialmente, que não se trata de um embate entre um particular e o Estado, mas de uma colisão de direitos fundamentais horizontal, que envolve o direito de um particular e de outro particular, e até de um direito do particular frente a um direito da coletividade. Contudo, observamos que a evolução jurisprudencial do STF pós-1988, em que pese garantir cada vez mais os direitos da personalidade, tem prestado de maior forma homenagem à liberdade de expressão.

Como poderá ser observado nos julgados transcritos abaixo, o direito à privacidade na maioria das vezes colide com a liberdade de expressão, são princípios naturalmente conflitantes. Contudo, observamos que a jurisprudência do STF, apesar de tutelar o direito à privacidade, cada vez mais vem reduzindo o seu âmbito de proteção em face ao direito à liberdade de expressão, especialmente quando se trata de pessoas de notoriedade pública, e mais ainda quando se trata de agentes públicos.

Podemos observar a evolução jurisprudencial tomando como início da nossa análise o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 215.984, julgado em 4/6/2002, de relatoria do ministro Carlos Velloso, no qual a suprema Corte dá especial importância ao direito à privacidade assegurado pelo art. X da CF/1988. Nesse julgado, o STF decide que para que haja a configuração de dano moral por causa da divulgação não autorizada de fotografia não há a necessidade de prova da ofensa da reputação da pessoa retratada, pois a simples publicação da fotografia já causaria desconforto que ensejaria indenização por danos morais. Transcrevemos, abaixo, o referido julgado:

"Dano moral: fotografia: publicação não consentida: indenização: cumulação com o dano material: possibilidade. CF, art. 5º, X. Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X."⁶⁹

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 215.984, Rel. Min. **Carlos Velloso**, julgamento em 4-6-2002, Segunda Turma, *DJ* de 28-6-2002.

A seguir, temos um acórdão de relatoria do ministro Maurício Corrêa que destaca a importância do direito à privacidade e limita a liberdade de expressão. O ministro relator, com aprovação do colegiado, defende que a liberdade de expressão não deve ser assegurada quando esta for utilizada para perpetrar crimes contra a honra e outras manifestações de conteúdo imoral.

"Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria CF (CF, art. 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica."⁷⁰

No julgamento do RE 208.685, de 24/6/2003, de relatoria da ministra Ellen Gracie, já encontramos uma decisão que se alinha mais à liberdade de expressão, em que pese se tratar de situação distinta da retratada no acórdão anterior. Nesse julgado, o STF considerou que a reprodução, pela imprensa, de acusações feitas por entidades sindicais em representação perante o Tribunal Superior do Trabalho não representa abuso de direito por parte da imprensa, e, por isso, não há de se falar em dano moral. Acompanhemos o acórdão:

"A simples reprodução, pela imprensa, de acusação de mau uso de verbas públicas, prática de nepotismo e tráfico de influência, objeto de representação devidamente formulada perante o TST por federação de sindicatos, não constitui abuso de direito. Dano moral indevido".⁷¹

Outra prova de homenagem à liberdade de expressão foi a declaração da não recepção pela Constituição de 1988 da Lei de Imprensa, normativo que estabelecia uma série de restrições à liberdade de expressão, bem como severas sanções àqueles que desrespeitavam os direitos da personalidade. O tema foi tratado no julgamento do Recurso Extraordinário (RE 420.784), de relatoria do ministro Ayres Britto, e do RE 447.584, de relatoria do ministro Cezar Peluso, cujas ementas transcrevemos abaixo:

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004.)

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal..” (RE 208.685, Rel. Min. **Ellen Gracie**, julgamento em 24-6-2003, Segunda Turma, DJ de 22-8-2003.)

“Dano moral: ofensa praticada pela imprensa. Decadência: Lei 5.250, de 9-2-1967 – Lei de Imprensa – art. 56: não recepção pela CF/1988, art. 5º, V e X. O art. 56 da Lei 5.250/1967 – Lei de Imprensa – não foi recebido pela Constituição de 1988, art. 5º, incisos V e X.”⁷²

"Indenização. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da Lei 5.250/1967. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, *caput* e § 1º, da CF de 1988. Recurso extraordinário improvido. Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual CR. Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente.”⁷³

Merece especial atenção o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, de 6/11/2009, no qual o relator, Ministro Ayres Britto com maestria demonstra que, quando se tratar de agente público, a indenização devida por jornalistas e órgãos de imprensa por danos morais devem guardar certa modicidade a fim de proporcionar um ambiente mais propício à liberdade de expressão e evitar que sanções mais severas iniba a liberdade de imprensa, mesmo quando o agente público foi injustamente ofendido.

“O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isso sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma CF: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito à indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos ‘sobredireitos’ de personalidade em que se traduz a ‘livre’ e ‘plena’

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (RE 420.784, Rel. Min. **Carlos Velloso**, julgamento em 1ª-6-2004, Segunda Turma, DJ de 25-6-2004.) **No mesmo sentido:** RE 348.827, Rel. Min. **Carlos Velloso**, julgamento em 1º-6-2004, Segunda Turma, DJ de 6-8-2004

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (RE 447.584, Rel. Min. **Cezar Peluso**, julgamento em 28-11-2006, Segunda Turma, DJ de 16-3-2007.)

manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisação à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando *a posteriori*, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa. (...) Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão *lato sensu* para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isso porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E, quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos." ⁷⁴

Por fim, o julgamento da Ação Originária (AO) 1.390, de 12/5/2011, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, confirma a tese defendida por Britto na ADPF e desposada pelo STF ao considerar que a publicação de notícias inverídicas por órgão da imprensa, em que pese ser reprovável, tem o seu grau de reprovabilidade atenuado quando se trata de pessoas públicas.

“A fixação do *quantum* indenizatório deve observar o grau de reprovabilidade da conduta. A conduta do réu, embora reprovável,

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (ADPF 130, Rel. Min. **Ayres Britto**, julgamento em 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009.) **No mesmo sentido**: AO 1.390, Rel. Min. **Dias Toffoli**, julgamento em 12-5-2011, Plenário, DJE de 30-8-2011; AC 2.695-MC, Rel. Min. **Celso de Mello**, decisão monocrática, julgamento em 25-11-2010, DJE de 1º-12-2010.

destinou-se a pessoa pública, que está sujeita a críticas relacionadas com a sua função, o que atenua o grau de reprovabilidade da conduta. A extensão do dano é média, pois apesar de haver publicações das acusações feitas pelo réu, foi igualmente publicada, e com destaque (capa do jornal), matéria que inocenta o autor, o que minimizou o impacto das ofensas perante a sociedade.”⁷⁵

Contudo, entendemos que os acórdãos listados abaixo são os que dão à liberdade de expressão a condição mais prevalente nos conflitos analisados. Parece-nos que representam um marco na jurisprudência pátria, ante a defesa incisiva da liberdade de expressão como garantia de sobrevivência do próprio estado constitucional. O primeiro acórdão ao qual teceremos comentários é de relatoria do ministro Ayres Britto e aprecia a constitucionalidade de trecho da Lei 9.504/1997, que, dentre outros, regulamenta o conteúdo das emissoras de rádio e televisão durante o período eleitoral. O trecho atacado refere-se a uma vedação às emissoras em ano eleitoral, que seriam proibidas de “difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes”, vedação contida no inciso III do art. 45 do diploma legal citado.

Segundo o acórdão, não se pode ter liberdade de imprensa em parte, ou ela existe ou, devido a restrições e censura prévia, não existe. Desta forma, o dever de omissão do Estado frente à liberdade de expressão abrange também o Poder Legislativo, que não pode editar leis que que desrespeite esse dever de omissão.

“Não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. Dever de omissão que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação *latu sensu*. Vale dizer: não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o poder estatal de que ela provenha. Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. Tem conteúdo, e esse conteúdo é formado pelo rol de liberdades que se lê a partir da cabeça do art. 220 da CF: liberdade de ‘manifestação do pensamento’, liberdade de ‘criação’, liberdade de ‘expressão’, liberdade de ‘informação’. Liberdades constitutivas de verdadeiros bens de personalidade, porquanto correspondentes aos seguintes direitos que o art. 5º da nossa Constituição intitula de ‘Fundamentais’: ‘livre manifestação do pensamento’ (inciso IV); ‘livre (...) expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação’ (inciso IX); ‘acesso a informação’ (inciso XIV). (...) A liberdade de imprensa assim

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (AO 1.390, Rel. Min. **Dias Toffoli**, julgamento em 12-5-2011, Plenário, *DJE* de 30-8-2011.)

abrangevolmente livre não é de sofrer constrações em período eleitoral. Ela é plena em todo o tempo, lugar e circunstâncias. (...) Suspensão de eficácia do inciso II do art. 45 da Lei 9.504/1997 e, por arrastamento, dos § 4º e § 5º do mesmo artigo, incluídos pela Lei 12.034/2009. Os dispositivos legais não se voltam, propriamente, para aquilo que o TSE vê como imperativo de imparcialidade das emissoras de rádio e televisão. Visa a coibir um estilo peculiar de fazer imprensa: aquele que se utiliza da trucagem, da montagem ou de outros recursos de áudio e vídeo como técnicas de expressão da crítica jornalística, em especial os programas humorísticos. Suspensão de eficácia da expressão ‘ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes’, contida no inciso III do art. 45 da Lei 9.504/1997. Apenas se estará diante de uma conduta vedada quando a crítica ou a matéria jornalísticas venham a descambar para a propaganda política, passando nitidamente a favorecer uma das partes na disputa eleitoral. Hipótese a ser avaliada em cada caso concreto.”⁷⁶

Outro acórdão de grande importância é o julgamento do AI 705.630-AgR, de relatoria do ministro Celso de Melo. Este julgado presta uma homenagem à liberdade de expressão, afirmando que nem o Poder Judiciário tem poder sobre a palavra, que deve ser divulgada livremente. Desse modo, o ministro relator assegura que, principalmente quando dirigida a pessoas públicas, a crítica deve ser assegurada, por mais severa, irônica e até impiedosa que seja, visto que de sobremaneira a garantia do direito de expressar a opinião livremente é capaz de assegurar o regime democrático, o qual inexistente se os cidadãos tiverem a todo tempo a restrição da divulgação das suas ideias.

“A liberdade de imprensa, enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, entre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, o direito de informar, o direito de buscar a informação, o direito de opinar, e o direito de criticar. A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas ou as figuras notórias, exercentes, ou não, de cargos oficiais. A crítica que os meios de comunicação social dirigem às pessoas públicas, por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade. Não induz responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicule opiniões em tom de

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (ADI 4.451-MC-REE, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 2-9-2010, Plenário, DJE de 24-8-2012.) Vide: ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009.

crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender. Jurisprudência. Doutrina. O STF tem destacado, de modo singular, em seu magistério jurisprudencial, a necessidade de preservar-se a prática da liberdade de informação, resguardando-se, inclusive, o exercício do direito de crítica que dela emana, por tratar-se de prerrogativa essencial que se qualifica como um dos suportes axiológicos que conferem legitimação material à própria concepção do regime democrático. Mostra-se incompatível com o pluralismo de ideias, que legitima a divergência de opiniões, a visão daqueles que pretendem negar, aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais), o direito de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes. Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação, a repressão à crítica jornalística, pois o Estado – inclusive seus juízes e tribunais – não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da imprensa.”⁷⁷

Finalmente, acórdão também de relatoria do ministro Celso de Melo trata da análise de legalidade das passeatas com intuito da legalização da droga psicoativa *cannabis*, conhecida como “marcha da maconha”. Abaixo fazemos a transcrição de alguns trechos do acórdão. Apesar de longo, entendemos que cada parte colacionada é de grande importância para a compreensão da inteireza do acórdão. O art. 287 do Código Penal proíbe a alusão ao uso de drogas ilícitas, e por conta desse dispositivo as passeatas foram proibidas em diversas instâncias do Poder Judiciário. Ao chegar ao STF, de início verificou-se que a intenção não era gerar alusão ao uso do psicoativo, mas da manifestação pela descriminalização da droga.

Chegou-se à conclusão que as passeatas eram o legítimo exercício de dois direitos fundamentais, entendendo ser o direito à reunião a liberdade-meio que era instrumentalizada para exercer o direito à liberdade de expressão, que seria a liberdade-fim da marcha. Nessa esteira, é direito da minoria protestar contra as opiniões da maioria, demonstrar seus argumentos e o seu descontentamento com a forma como determinada questão é tratada. Igualmente, é imperativamente assegurado à sociedade, ou a setores dela, ou a um único cidadão que seja, manifestar-se pela descriminalização de determinada

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (AI 705.630-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-3-2011, Segunda Turma, DJE de 6-4-2011.) No mesmo sentido: AI 690.841-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 21-6-2011, Segunda Turma, DJE de 5-8-2011; AI 505.595, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 11-11-2009, DJE de 23-11-2009.

conduta. Com isso, o art. 287 do Código Penal deve ser interpretado conforme a Constituição de 1988 a fim de assegurar aos cidadãos os seus direitos a manifestar suas ideias e contribuir ativamente com a confecção dos valores e normas da sociedade, não sendo mero sujeito passivo e destituído de conteúdo crítico e pessoal. Nessa linha, colaciona-se o acórdão em comento:

“‘Marcha da Maconha’. Manifestação legítima, por cidadãos da república, de duas liberdades individuais revestidas de caráter fundamental: o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à livre expressão do pensamento (liberdade-fim). A liberdade de reunião como pré-condição necessária à ativa participação dos cidadãos no processo político e no de tomada de decisões no âmbito do aparelho de Estado. Consequente legitimidade, sob perspectiva estritamente constitucional, de assembleias, reuniões, marchas, passeatas ou encontros coletivos realizados em espaços públicos (ou privados) com o objetivo de obter apoio para oferecimento de projetos de lei, de iniciativa popular, de criticar modelos normativos em vigor, de exercer o direito de petição e de promover atos de proselitismo em favor das posições sustentadas pelos manifestantes e participantes da reunião. Estrutura constitucional do direito fundamental de reunião pacífica e oponibilidade de seu exercício ao poder público e aos seus agentes. Vinculação de caráter instrumental entre a liberdade de reunião e a liberdade de manifestação do pensamento (...). A liberdade de expressão como um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos em uma república fundada em bases democráticas. O direito à livre manifestação do pensamento: núcleo de que se irradiam os direitos de crítica, de protesto, de discordância e de livre circulação de ideias. Abolição penal (abolitio criminis) de determinadas condutas puníveis. Debate que não se confunde com incitação à prática de delito nem se identifica com apologia de fato criminoso. Discussão que deve ser realizada de forma racional, com respeito entre interlocutores e sem possibilidade legítima de repressão estatal, ainda que as ideias propostas possam ser consideradas, pela maioria, estranhas, insuportáveis, extravagantes, audaciosas ou inaceitáveis. (...) A proteção constitucional à liberdade de pensamento como salvaguarda não apenas das ideias e propostas prevalecentes no âmbito social, mas, sobretudo, como amparo eficiente às posições que divergem, ainda que radicalmente, das concepções predominantes em dado momento histórico-cultural, no âmbito das formações sociais. O princípio majoritário, que desempenha importante papel no processo decisório, não pode legitimar a supressão, a frustração ou a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício do direito de reunião e a prática legítima da liberdade de expressão, sob pena de comprometimento da concepção material de democracia constitucional. A função contramajoritária da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito. Inadmissibilidade da ‘proibição estatal do dissenso’. Necessário respeito ao discurso antagônico no contexto da sociedade civil compreendida como espaço privilegiado que deve valorizar o conceito de ‘livre mercado de ideias’. O sentido da existência do free marketplace of ideas como elemento fundamental e inerente ao regime democrático (AC 2.695-MC/RS, rel. min. Celso de Mello). A importância do conteúdo argumentativo do

discurso fundado em convicções divergentes. A livre circulação de ideias como signo identificador das sociedades abertas, cuja natureza não se revela compatível com a repressão ao dissenso e que estimula a construção de espaços de liberdade em obséquio ao sentido democrático que anima as instituições da república. As plurissignificações do art. 287 do CP: necessidade de interpretar esse preceito legal em harmonia com as liberdades fundamentais de reunião, de expressão e de petição. Legitimidade da utilização da técnica da interpretação conforme à Constituição nos casos em que o ato estatal tenha conteúdo polissêmico. ADPF julgada procedente.”⁷⁸

Diante do exposto, notamos uma gradativa evolução na jurisprudência do STF no sentido de dar prevalência, em regra, à livre divulgação do pensamento e seus direitos correlatos, ao menos nos casos concretos analisados. A Suprema Corte tem favorecido o livre trânsito das ideias para assegurar um ambiente democrático no qual maiorias e minorias podem debater pensamentos. Segundo a linha evolutiva dos julgados, nos parece que, se houver algum tipo de restrição à liberdade de expressão, o STF deve privilegiar que esta seja feita *a posteriori* da divulgação das ideias, para evitar qualquer tipo de censura prévia. Até essa restrição posterior parece-nos ser cada vez mais comedida com o intuito de evitar que os cidadãos tenham receio de manifestar seus pensamentos.

Destarte, ante os precedentes elencados, acreditamos que no caso das biografias não autorizadas, o STF deve homenagear a liberdade de expressão e, se impor alguma restrição posterior à divulgação da biografia ou ao biografado, esta deve ocorrer de maneira mínima.

3.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4815

Como era de se esperar, o tema das biografias não autorizadas foi levado ao crivo do Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, sob o nº 4815. A autora da ação foi a Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL), entidade de classe de âmbito nacional.

Em 5/7/2012, mais de nove anos após a vigência do novo Código Civil, a ANEL contesta a interpretação jurisprudencial que vem sendo dada aos arts. 20 e 21 do referido

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (ADPF 187, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 15-6-2011, Plenário, DJE de 29-5-2014.) Vide: ADI 4.274, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 23-11-2011, Plenário, DJE de 2-5-2012.

Código. A ação em questão aborda especificamente a necessidade de autorização do biografado, ou de seus familiares, quando falecido, para a publicação da biografia, como se observa no trecho da Petição Inicial transcrito a seguir:

[...]A presente ação não trata da questão do uso da imagem de pessoas públicas por veículos de comunicação. Diversamente, cinge-se esta ação direta à questão da necessidade da autorização do biografado (ou de seus familiares) como condição para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais. Tal interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil deve ser definitivamente afastada do ordenamento jurídico brasileiro, por incompatível com a sistemática constitucional de 1988.

Por conta da abertura textual dos artigos 20 e 21 do Código Civil e da interpretação extensiva que lhes vem sendo conferida pelo Poder Judiciário, biografias têm sido proibidas, em nome da proteção de sua vida privada e em função da ausência de seu consentimento (ou de seus familiares, quando já falecida)¹. Em outras palavras, o Brasil é hoje um país onde somente as biografias chapa-branca têm vez.⁷⁹

Na petição inicial, a ANEL afirma que a *amplitude semântica* segundo a qual vêm sendo interpretados os dispositivos objetos da Ação Direta de Inconstitucionalidade não condizem com o Estado Constitucional experimentado pelo Brasil, e em especial colidem com direitos fundamentais como a liberdade de expressão e o direito à informação, princípios norteadores da Constituição de 1988 já abordados no Capítulo I deste trabalho. Afirma, ainda, a entidade de classe que a interpretação dada aos dispositivos legais tem ensejado uma verdadeira “*proliferação de uma espécie de censura privada que é a proibição, por via judicial, das biografias não autorizadas*”⁸⁰.

Ante a diversidade de argumentos utilizados pela associação na sua Petição Inicial, é oportuna a breve abordagem de sete pontos elencados, ante a sua robustez. Primeiramente, a entidade de classe defende que as pessoas públicas, aquelas que tem notoriedade no seu campo de atuação, seja ele político, artístico, pessoal, ou qualquer outro, têm direito a uma esfera de proteção à sua privacidade e intimidade mais estrita que as demais. Apesar desse argumento, a ANEL não detalha qual a abrangência dessa menor esfera de proteção. Contudo, justifica o motivo da diminuição da cobertura protecional da Constituição a esses direitos fundamentais:

⁷⁹ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS – ANEL. Petição inicial nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815, processada no Supremo Tribunal Federal do Brasil.

⁸⁰ *Ibidem*.

[...] as figuras públicas, ao adquirirem posição de visibilidade social, têm inseridas as suas vidas pessoais e o controle de seus dados pessoais no curso da historiografia coletiva, expondo-se ao relato histórico e às biografias. Como a história de vida dessas personalidades públicas se confunde com a história coletiva, a ninguém é dado cogitar de deter o poder de submeter versões e relatos históricos à sua visão pessoal. Em outras palavras, o círculo de proteção da privacidade e da intimidade das pessoas públicas é proporcionalmente mais estreito na razão inversa de sua notoriedade.⁸¹

Argumenta-se, também, que dar ao biografado, ou à família deste, quando falecido, o direito de autorizar ou não a publicação da biografia se estabelece ao mesmo tempo um poder potestativo a quem pode autorizá-la e, como já sublinhado, é imposta a editores, biógrafos e à população em geral uma verdadeira censura privada.

Poder potestativo porque se dá ao detentor do direito de autorizar a biografia o poder de, sem justificativa e a seu critério, o direito de simplesmente impedir a publicação da biografia e privar a sociedade de ter conhecimento sobre os fatos ali narrados. Argumenta, ainda, que por vezes esse poder potestativo está vestido de interesses financeiros, na qual o biografado, ou até um parente que nunca o conheceu, exige vultuosas somas de dinheiro para autorizar a publicação, transformando esse direito, segundo a ANEL, em um verdadeiro mercado da informação.

Por outro lado, a entidade afirma que a citada interpretação tem efeitos danosos ao mercado editorial:

Tal interpretação – que eleva a anuência do biografado ou de sua família à condição de verdadeiro direito potestativo – produz efeito devastador sobre o mercado editorial e audiovisual: escritórios de representação negociam preços absurdos pelas licenças, transformando informação em mercadoria. Não se trata da proteção de qualquer direito da personalidade do biografado, mas de uma disputa puramente mercantil, um verdadeiro leilão da história pessoal de vultos históricos [...].⁸²

Outro argumento que merece análise é o prejuízo à memória coletiva, pois autores seriam desmotivados a aprofundarem os seus trabalhos ou, por vezes, esbarrariam nas exigências das famílias dos biografados, empobrecendo o seu trabalho e privando à população de informações essenciais à memória da sociedade.

⁸¹ *Ibidem.*

⁸² *Ibidem.*

Mais coerente e sólido ainda nos parece o argumento de prejuízo à memória e à veracidade ou inteireza dos fatos. A ANEL argumenta que se a narração dos fatos ocorridos pelas pessoas públicas poderem ser controladas por estas pessoas ou por seus familiares haveria distorções gravíssimas à transmissão da realidade dos fatos. Imagino a situação esdrúxula de ter, por exemplo, o conhecimento da biografia de Josef Stalin condicionado à sua narrativa ou de seus familiares, a determinação da omissão de menção aos expurgos. Ao se imaginar situações como essas, lembramos os efeitos deletérios que o controle da informação já causou no mundo. Para tanto, transcrevemos trecho da petição inicial:

Os leitores atentos já devem ter observado como as biografias oficiais selecionam os fatos considerados relevantes, dando ênfase aos momentos de glória e suprimindo ou amenizando as situações menos abonadoras. Assim como ninguém é bom juiz de si próprio, ninguém costuma ser um biógrafo isento de si mesmo. Como lembra o historiador José Murilo de Carvalho, o epíteto de biografia autorizada confere à obra uma conotação de fraude, pois significa que o biógrafo reportou apenas o que passou pelo prévio crivo do biografado.

Nada obstante, a ninguém é dado cogitar de impedir a publicação das biografias autorizadas. Por mais apologéticas que sejam, representam a versão do personagem central dos fatos, cuja liberdade de expressão deve ser protegida. Num mundo marcado pelo pluralismo de visões, o grave é condenar o leitor à ditadura da biografia única – aquela ditada pelo biografado. Como preconizava Stuart Mill há cerca de 150 anos, o remédio para as distorções eventuais no exercício da liberdade de expressão não é a censura, mas a garantia de mais liberdade, para que as vozes dissonantes possam apresentar sua versão alternativa dos fatos.⁸³

A entidade argumenta, ainda, que a liberdade de expressão, defendida por meio da ação em comento, é instrumento incondicional para o desenvolvimento da democracia. Afirma que o próprio conceito de democracia está ligado à ideia da livre manifestação de opiniões e informações. Lembra também que para que possa haver uma expressão real da vontade do povo é essencial que o ambiente de discussão seja permeado de informações.

Por fim, a entidade de classe, afiliando-se a teoria norte-americana, defende que a liberdade de expressão ocupa verdadeira posição preferencial frente aos demais direitos fundamentais e que por isso, em princípio, esta deve prevalecer sobre os outros. Transcrevemos o trecho que trata do assunto:

⁸³ *Ibidem*.

Tem-se, portanto, que a liberdade de expressão e os direitos a ela associados, em qualquer de suas dimensões, são essenciais para o Estado democrático brasileiro, conforme desenhado na Constituição de 1988. Aliás, tamanha é a importância da liberdade de expressão na Constituição, que se sustenta tratar-se de um direito que ocupa posição preferencial. Segundo a doutrina da posição preferencial (inicialmente desenvolvida nos EUA, mas atualmente aceita e aplicada por diversos tribunais de nações democráticas pelo mundo, inclusive no Brasil), a solução das colisões envolvendo liberdade de expressão e outros bens, direitos e valores constitucionais se resolve, em princípio, em favor daquela.

32. O reconhecimento da posição preferencial decorre da centralidade do sistema de liberdade de expressão, enquanto garantia institucional constitutiva da democracia brasileira. Com efeito, não existe democracia, quer sob um viés estritamente procedimental, quer sob uma perspectiva substantiva, sem um sistema amplo de liberdade de expressão. Ora, tal posição preferencial das liberdades de expressão e informação sobre os demais direitos da personalidade assume ainda maior robustez no caso de pessoas públicas ou envolvidas em episódios de interesse público. Isto porque, em relação a tais pessoas, o âmbito de proteção da vida privada e da intimidade é naturalmente mais restrito, dada a dimensão pública preponderante de sua trajetória. Mas, ainda assim, a exigência do consentimento do biografado, em qualquer caso, é sempre incompatível com a sistemática constitucional da liberdade de expressão.⁸⁴

Concluindo a análise da petição inicial que inaugura a ADI 4815, transcrevemos um trecho que transmite o espírito da argumentação e o objetivo pretendido na ação:

De fato, a exigência de prévia autorização do biografado (ou de seus familiares, em caso de pessoa falecida) **acarreta vulneração da garantia da livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, que o constituinte originário assegurou de forma plena, independentemente de censura ou licença.**⁸⁵

Por seu turno, cabe, sabemos, por força constitucional, à Advocacia-Geral da União (AGU) a defesa do dispositivo de Lei atacado. Em sua peça, a AGU expôs o conflito entre o direito à liberdade de expressão e os direitos da personalidade, embora nos parece que não foi dada a devida ênfase no conflito entre esses direitos fundamentais. Na peça em comento, foi proporcionada mais atenção aos limites que a liberdade de expressão, *per si*, merece sofrer que propriamente ao direito à privacidade e à intimidade.

Em apertada síntese, teceremos alguns comentários acerca dos argumentos trazidos pelo defensor do texto legal. A AGU narra em sua peça que a liberdade de expressão não é

⁸⁴ *Ibidem.*

⁸⁵ *Ibidem.*

superior aos direitos personalíssimos, bem como a liberdade de informação não pode ser plenamente assegurado quando colide com o também direito fundamental da privacidade.

Contudo, a AGU acrescenta interessante ingrediente ao debate: o argumento de defesa da honra. Transcrevemos, *ipses literis*, trecho que trata do tema:

Veja-se, inclusive, que dentre os direitos fundamentais personalíssimos está à honra, que, como leciona José Afonso da Silva, "é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom-nome, e a reputação". É direito fundamental da pessoa resguardar este conjunto de qualidades e a liberdade de imprensa que não o observa pratica abuso de direito que, nos termos do art. 187 do Código Civil, caracteriza-se como ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.⁸⁶

O órgão do Poder Executivo argumenta também que as biografias sem a autorização dos biografados carregam consigo marcas extremamente pessoais do autor, que poderia se utilizar dos fatos de tal maneira que eles sejam manejados com a finalidade de conduzir a opinião do leitor a juízos equivocados. Questiona a imparcialidade do biógrafo e sustenta que este pode trazer prejuízos à dignidade do biografado.

De todo modo, acreditamos que esse argumento específico não é dotado de robustez, pois, não se pode negar a liberdade ao autor de escrever uma biografia sob o argumento de que esta estaria eivada de contornos pessoais, e permiti-la apenas ao biografado, o qual detém, obviamente, ainda maior parcialidade. Aqui fazemos referência ao conceito da pluralidade de opiniões, segundo o qual ter opiniões diversas sobre o mesmo assunto é mais proveitoso que uma única opinião, seja esta de quem for.

Perquire-se, ainda, que a veracidade dos fatos narrados em uma biografia seria mais assegurado se estes forem revisados e autorizados pelo biografado. De igual modo, esboça-se uma diferenciação entre interesse público e interesse do público. Transcrevemos o trecho a seguir:

Outro ponto a ser observado é que na ponderação entre a liberdade de informação e de expressão e os direitos da personalidade destacam-se dois fatores: a veracidade do fato narrado e a existência de interesse público sobre o mesmo.

⁸⁶ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Peça de defesa nos autos da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4815, processada no Supremo Tribunal Federal do Brasil.

A veracidade do fato está definida por Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalh⁰⁹: "O que se deve exigir dos órgãos de informação é a diligência em apurar a verdade; o que se deve evitar é a despreocupação e a irresponsabilidade em publicar ou divulgar algo que não resista a simples aferição". Impõe-se, portanto, ética e responsabilidade e que a informação seja verdadeira.

Quanto ao interesse público, este deve ser distinto do interesse do público. A informação de interesse público é aquela cujo conhecimento é necessário para que o indivíduo tenha concreta participação na vida coletiva de determinada sociedade. Já o interesse do público pertence ao universo dos indivíduos e está relacionado às razões emocionais e/ou objetivas das pessoas e a sua curiosidade e indiscrição.

A atuação livre e sem peias da imprensa, a difusão excessiva e irreprimível de informações pouco afeitas ao interesse público inequívoco e mais voltadas à satisfação da curiosidade pegajosa de alguns e insolente de outros renega a missão primacial da comunicação de massa e rompe, mais e cada dia um pouco mais, o isolamento fundamental da pessoa. O recato é exigência da vida. O ser humano não vive despreocupado com sua honra e privacidade. Justamente por isso tantos as agregam, tanto as confundem. Porque se a honra é um dos bens jurídicos mais estimados da personalidade humana, considerada como a primeira e mais importante projeção do grupo de matizes morais dessa personalidade, como referiu José Castan Tobenas, a privacidade é principal complemento à satisfação dos bens espirituais.

A informação deve acrescentar, educar, desvendar, elucidar e esclarecer, e não ferir, ofender, vulgarizar, saciar a indiscrição alheia ou o desejo sovina de tantos. (Jabur, Gilberto Haddad. Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.189).

Não se deve exaltar a liberdade de informação a ponto de se consentir que o direito à própria imagem seja postergado, pois a sua exposição deve condicionar-se à existência de evidente interesse jornalístico que, por sua vez, tem como referencial o interesse público, a ser satisfeito, de receber informações. (STJ, REsp. 58.101, Rei. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma, DJ 09/03/98).⁸⁷

Nestes termos, somente a informação que for verdadeira poderá ter sua divulgação protegida e somente o interesse público pode ser considerado objeto da liberdade de informação e de expressão. Porém, nem sempre é simples afastar, com clareza, a verdade da mentira. Em grande parte dos casos há nebulosidade e contradita. Também não é tarefa fácil estabelecer se determinada informação corresponde a uma necessidade humana de compartilhamento de conhecimentos e é capaz de igualar os homens com o fim de melhorá-los e com isso alavancar o progresso social.

Desse modo, notamos que o ponto central de defesa é o argumento de que o biografado é a pessoa mais indicada para assegurar a veracidade dos fatos e proporcionar

⁸⁷ Ibidem.

um maior alcance do interesse público. Esses argumentos não parecem ser fortes o suficiente para prosperar. Acreditamos que a sustentação da defesa ao direito à privacidade seria mais robusto que o argumento de que o condicionamento de publicação das biografias não autorizadas à permissão do biografado respeite mais a liberdade de expressão que liberdade de publicação das biografias.

A Procuradoria-Geral da República (PGR), com argumentos semelhantes aos utilizados pela ANEL, opinou pela declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto das normas questionadas.

A Relatora da ADI, Ministra Cármen Lúcia, realizou Audiência Pública sobre o tema e deferiu o pedido de diversas entidades para participarem da ADI como *amicus curiae*, dentre elas o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). A entidade de classe dos advogados manifestou-se pela procedência da ação, argumentando, de pronto, que “a verdade histórica é fruto do tempo, e não da autoridade”⁸⁸.

Até o depósito deste trabalho, a ADI continua sem inscrição em pauta e, por tanto, pendente de julgamento.

⁸⁸ ORDEM DE ADVOGADOS DO BRASIL, Conselho Federal da. Peça nos autos da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4815, processada no Supremo Tribunal Federal do Brasil.

CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou a (in)constitucionalidade dos arts. 20 e 21 do Código Civil, que condiciona a publicação de biografias à autorização do biografado, ou de sua família, se falecido, salvo se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública. Perquiriu-se a excessiva limitação que essa regra impôs à liberdade de expressão e ao direito de informação.

Uma das primeiras conclusões a que se chegou foi que o problema em tela envolve uma colisão de direitos fundamentais, na qual o direito à privacidade e à intimidade se contrapõe ao direito à liberdade de expressão e à informação. Em virtude do caráter amplo e de otimização característicos desses direitos, essa colisão foi resolvida com a utilização de técnicas próprias das colisões de princípios.

Para tanto, preferiu-se utilizar da teoria externa, segundo a qual determinada situação *prima facie* é acobertada por dois ou mais direitos fundamentais conflitantes e após a colisão ao menos um desses direitos tem o seu âmbito de proteção restringido. Consignou-se isso em detrimento da teoria interna, que narra que o âmbito de proteção seria imutável e a tarefa do jurista seria apenas determina sob qual âmbito de proteção encontra-se a situação empírica objeto do conflito.

Ao analisarmos o âmbito de proteção de cada direito envolvido, constatamos que há uma colisão de direitos fundamentais real, e não aparente, pois de fato o caso das biografias não autorizadas está *prima facie* sob o âmbito de proteção de cada um dos quatro direitos. Essa colisão real ocorre em sentido estrito, pois trata-se do conflito de direitos distintos.

Para resolver o problema, analisou-se se o sopesamento dos dispositivos legais questionados obedeceu ao princípio da proporcionalidade em suas máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação seria a “peneira” pela qual a regra deveria passar que verificaria se esta é eficaz para alcançar o resultado pretendido. A necessidade, por sua vez, verifica a idoneidade do meio, indagando se não haveria uma maneira menos gravosa a um direito fundamental para proteger o direito

colidente. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito mede se a importância da proteção do direito fundamental a qual a regra se presta justifica a restrição que o direito colidente sofre.

Concluiu-se que a proibição das biografias não autorizadas é eficaz para atingir a finalidade a qual se presta, qual seja, proteger a privacidade e intimidade do biografado, passando pela “peneira” da adequação. Contudo, verificou-se que haveria meios bem menos danosos à liberdade de expressão e ao direito à informação de protegê-los de maneira razoável, razão pela qual acreditamos que a regra não passa pela máxima da necessidade. Finalmente, a regra também não passa pela “peneira” da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que a análise efetuada concluiu que a restrição, qualificada com “séria”, imposta à liberdade de expressão e informação não é justificada para se proteger a privacidade e a intimidade do biografado.

Por seu turno, o estudo de importantes julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre os direitos envolvidos levou-nos à conclusão de que a suprema Corte tem evoluído sua jurisprudência no sentido de, em regra, privilegiar a liberdade e expressão e informação quando estes direitos colidem com os direitos da privacidade e da intimidade. Constatou-se ainda que a ADI 4815, que pretende dar fim, ao menos por ora, à discussão do tema nos tribunais está em avançado grau de instrução, ao analisar os argumentos lá expostos, também nos filiamos à tese de que os arts. 20 e 21 do Código Civil restringem de maneira excessiva a liberdade de expressão e o direito à informação.

Destarte, concluiu-se pela inconstitucionalidade dos arts. 20 e 21 do Código Civil, ao considerar que a necessidade de autorização para a publicação de biografias não encontra guarida no princípio da proporcionalidade, pois, em que pese esse meio ser adequado, ele não é necessário, visto que há meios menos gravosos para atingir a sua finalidade. Padece de inconstitucionalidade também por não ser justificável que a liberdade de expressão e informação seja tolhida nessa intensidade para proteger a privacidade e intimidade do biografado, principalmente se este for uma pessoa pública. Dito isto, acreditamos que a interpretação ora analisada merece ser declarada inconstitucional, em respeito ao Estado Democrático de Direito, que é palco para as mais variadas ideias e ambiente propício para discussão da história e suas versões.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. – 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 2013.

ALEXY, Robert. Traduzido por SILVA, Virgílio Afonso da. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2014.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A Boa-fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo. In: BENJAMIN, Antonio Herman de V. Revista de Direito do Consumidor, Vol. 6., São Paulo: RT, 1993.

ASSIS, José Francisco de. Direito à privacidade no uso da internet: omissão da legislação vigente e violação ao princípio fundamental da privacidade. Internet e Informática. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12848>. Acesso em: 24 mai. 2014.

BRASIL. Código Civil Brasileiro (2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 mai. 2014.

_____. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 mai. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 215.984, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 4-6-2002, Segunda Turma, DJ de 28-6-2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004.

_____. Supremo Tribunal Federal.” RE 208.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 24-6-2003, Segunda Turma, DJ de 22-8-2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 420.784, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 1^a-6-2004, Segunda Turma, DJ de 25-6-2004. No mesmo sentido: RE 348.827, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 1^o-6-2004, Segunda Turma, DJ de 6-8-2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 447.584, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 28-11-2006, Segunda Turma, DJ de 16-3-2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. (ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009.) No mesmo sentido: AO 1.390, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 12-5-2011, Plenário, DJE de 30-8-2011; AC 2.695-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 25-11-2010, DJE de 1^o-12-2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. (AO 1.390, Rel. Min. **Dias Toffoli**, julgamento em 12-5-2011, Plenário, *DJE* de 30-8-2011.)

_____. Supremo Tribunal Federal. (ADI 4.451-MC-REF, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 2-9-2010, Plenário, *DJE* de 24-8-2012.) Vide: ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, *DJE* de 6-11-2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. (AI 705.630-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-3-2011, Segunda Turma, *DJE* de 6-4-2011.) No mesmo sentido: AI 690.841-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 21-6-2011, Segunda Turma, *DJE* de 5-8-2011; AI 505.595, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 11-11-2009, *DJE* de 23-11-2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. (ADPF 187, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 15-6-2011, Plenário, *DJE* de 29-5-2014.) Vide: ADI 4.274, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 23-11-2011, Plenário, *DJE* de 2-5-2012.

_____. Advocacia-Geral da União. Peça de defesa nos autos da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4815, processada no Supremo Tribunal Federal do Brasil.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. FRANÇA, Catarina Cardoso Sousa. Proteção Constitucional da Privacidade contra a biografia não-autorizada no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/catarina_cardoso_sousa_franca.pdf>. Acesso em 21 mai 2014.

GOMES, Luiz Flávio. Normas, Regras e Princípios: Conceitos e Distinções. Jus Navigandi, Teresina, Ano 9, Nº 851, 1 nov 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7527/normas-regras-e-principios>>. Acesso em: 25 jul 2014.

MADUREIRA, Eduardo Jorge. Dez datas históricas da liberdade de expressão. Revista Blogues, 8 de maio de 2013. Disponível em: <<http://blogues.publico.pt/pagina23/2013/05/08/dez-datas-da-historia-da-liberdade-de-expressao/>>. Acesso em: 14 mai. 2014.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. Direito à intimidade e privacidade. Jus Vigilantibus. Vitória. Fev 2008. Disponível em <<http://jusvi.com/artigos/31767MARQUES>> Acesso em 14 mai 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. – 6. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2011.

_____. Curso de direito constitucional. – 9. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. Biografias requerem liberdade com responsabilidade. Justiça comentada. Revista Consultor Jurídico, 22 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-22/justica-comentada-biografias-requerem-liberdade-responsabilidade>>. Acesso em: 25 mai. 2014.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. - 23. ed. - São Paulo : Atlas, 2008.

SILVA. José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. – 35. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Malheiros, 2012.